

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

KAREN KAROLYNA SILVA ROCHA

**ATIVISMO JUDICIAL? Uma análise da atuação do Poder Judiciário frente à
discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação**

São Luís

2017

KAREN KAROLYNA SILVA ROCHA

**ATIVISMO JUDICIAL? Uma análise da atuação do Poder Judiciário frente à
discricionabilidade administrativa para efetivação do direito à educação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, pela **Mestranda Karen Karolyna Silva Rocha**, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Rocha, Karen Karolyna Silva.

Ativismo Judicial? : uma análise da atuação do poder judiciário frente à discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação / Karen Karolyna Silva Rocha. - 2017.

114 f.

Orientador(a): Mônica Teresa Costa Sousa.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Administração Pública. 2. Ativismo Judicial. 3. Discricionariedade. 4. Educação. 5. Poder Judiciário. I. Sousa, Mônica Teresa Costa. II. Título.

KAREN KAROLYNA SILVA ROCHA

**ATIVISMO JUDICIAL? Uma análise da atuação do Poder Judiciário frente à
discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, pela **Mestranda Karen Karolyna Silva Rocha**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa

Aprovada em: 21 / 07 / 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa
(Orientadora)

Prof. Dr. Diogo Gualhardo Neves (UNICEUMA)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai (UFMA)

São Luís

2017

Aos meus pais, Antonio e Telma, pelo amor e apoio incondicionais, sem os quais nada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela minha vida e por todas as bênçãos e livramentos que me permitiram chegar a este momento.

Aos meus pais, Antonio e Telma, aos quais devo a pessoa que me tornei e sem os quais não existiria passado, presente e futuro.

À minha irmã Myhiam, pelo estímulo e exemplo de dedicação aos estudos, apesar das dificuldades.

A toda minha família, pelo incentivo e apoio no decorrer do Mestrado e antes deste, e por sempre torcerem pelo meu sucesso e acreditarem em mim.

Ao meu namorado Flávio por incentivar meus estudos e acreditar no meu potencial.

Aos amigos e amigas que me estimularam a ingressar no Mestrado e me apoiaram em todos os momentos dessa jornada.

Às minhas parceiras de trabalho na FAPEMA, Laís Araújo, Natalia Maia, Rayanne Silva e Eva Pedrosa, pela paciência, compreensão e estímulo durante o Mestrado.

À minha orientadora, Professora Mônica Teresa Costa Sousa, não apenas pela orientação do trabalho, pelas considerações, sugestões e correções que sem dúvida aprimoraram esta dissertação, mas por não ter me deixado desistir nos momentos mais difíceis e desestimulantes no decorrer do curso.

Aos professores do Mestrado, cujos ensinamentos propiciaram o meu crescimento enquanto profissional integrante do sistema de justiça, e também o meu aprimoramento como pesquisadora e cidadã.

Aos professores Nelson Juliano Cardoso Matos, Roberto Carvalho Veloso, Giovanni Bonato, Cássius Guimarães Chai e Diogo Gualharo Neves pelas avaliações e contribuições à dissertação.

Aos colegas do Mestrado, com os quais pude conviver durante esses quase dois anos de dedicação, compartilhando conhecimentos, angústias e companheirismo.

À Defensoria Pública da União, especialmente ao Defensor Público Yuri Michael Pereira Costa, e à Procuradoria Federal no Estado do Maranhão, na pessoa da Procuradora Ângela Bárbara Lima Saldanha Rêgo, pela contribuição na coleta dos dados empíricos da pesquisa.

A todos que de alguma forma contribuíram na produção desta dissertação e para a formação do meu caráter.

“A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer.”

(Rui Barbosa)

RESUMO

A dissertação tem por objetivo analisar em que medida as decisões do Poder Judiciário que condicionem atribuições típicas da Administração Pública relativas ao direito à educação podem ser consideradas ativismo judicial. Para tanto, será analisado o conceito doutrinário de ativismo judicial sob o viés da implementação de políticas públicas, distinguindo-o da judicialização da política e do controle judicial de políticas públicas, tendo como foco de análise a atuação do Poder Judiciário brasileiro. Pretende-se demonstrar que o controle jurisdicional sobre os atos administrativos possui limites, notadamente quanto aos atos denominados discricionários, e que a ultrapassem desses limites pelo Poder Judiciário para a implementação de políticas públicas implica ativismo judicial, fenômeno este que pode ser verificado pela análise de decisões de juízes federais no Maranhão e acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que versam sobre o sistema de cotas nas universidades federais e institutos federais para alunos oriundos de escolas públicas. A abordagem da pesquisa é qualitativa, dialética-crítica e emprega como estratégia a análise de conteúdo para as decisões judiciais.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Ativismo Judicial; Administração Pública; Discricionariedade; Educação.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze to what extent decisions of the Judiciary that condition typical Public Administration attributions related to the right of education may be considered judicial activism. In order to do so, we analyzed the doctrinal concept of judicial activism under the bias of the implementation of public policies, distinguishing it from the judicialization of politics and judicial control of public policies, having as focus of analysis the performance of the Brazilian Judicial Power. We intend to demonstrate that judicial control over administrative acts has limits, notably with regard to acts denominated discretionary, and when the Judiciary overcomes these limits to implement public policies, that implies in judicial activism, a phenomenon that can be verified by analyzing decisions of federal judges in Maranhão and judgments of the 1st Region Federal Court that deal with the system of quotas in federal universities and federal institutes for students coming from public schools. The research approach is qualitative, dialectical-critical and uses the analysis of content for judicial decisions as a strategy.

Key-words: Judicial Power; Judicial Activism; Public Administration; Discretionary; Education.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ATIVISMO JUDICIAL: o protagonismo do Poder Judiciário para concretização de direitos e garantias constitucionais	13
2.1 Uma Nova Denominação para Judicialização da Política?	13
2.2 O Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro	28
2.3 Ativismo Judicial e Implementação de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário	37
3 OS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS	43
3.1 As Possibilidades de Intervenção do Judiciário na Discricionariedade da Função Administrativa	44
3.1.1 A extensão da discricionariedade do ato administrativo	44
3.1.2 As questões políticas dos atos administrativos.....	52
3.1.3 Os vícios no exercício da discricionariedade	55
3.1.4 Critérios para um controle jurisdicional prudente e não invasivo	58
3.2 A Limitação do Espaço de Atuação da Administração Pública pelo Poder Judiciário	64
4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	70
4.1 Metodologia empregada para escolha e análise das decisões do Poder Judiciário	70
4.2 Considerações sobre a controvérsia judicial: o direito à educação em debate	74
4.3 Argumentos da Defensoria Pública da União no Maranhão	78
4.4 Argumentos da Procuradoria Federal no Estado do Maranhão.....	81
4.5 A Postura dos Juízes Federais no Maranhão	83
4.6 O posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região	88
4.7 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	94
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário ganha cada vez mais destaque pelo número e pela natureza das demandas que são levadas à sua apreciação, decorrência da judicialização da política e do constitucionalismo que ampliaram as funções desse poder e permitiram que um rol extenso de direitos fundamentais, individuais e coletivos, se tornassem judicializáveis.

Como cediço, a simples previsão constitucional não é suficiente para assegurar a concretização de todos os direitos nela estampados, e os poderes representativos não raro são omissos quanto ao seu dever de implementar esses direitos, por um complexo de razões, como a escassez dos recursos, a incapacidade de planejamento ou a corrupção das instituições e de seus agentes, além de fatores históricos que, no caso brasileiro, remontam à sua forma de colonização, perfil social, desenvolvimento de suas instituições políticas e jurídicas e consequências de períodos ditatoriais.

Para solucionar tais controvérsias em busca da efetivação dos direitos que não são garantidos pelos poderes políticos (Executivo e Legislativo), e considerando a força normativa da Constituição, o Judiciário é chamado a se pronunciar. Não há dúvidas quanto ao dever do Judiciário em garantir o cumprimento da Constituição, sejam omissos ou não o Executivo e o Legislativo, especialmente no que diz respeito a direitos como igualdade, liberdade, saúde e educação. Contudo, a forma de atuação dos juízes, que não tem se restringido apenas a uma postura jurídica, tem despertado novos questionamentos teóricos quanto aos limites de atuação dos juízes, no campo hermenêutico e argumentativo.

A criação judiciária do direito, a discricionariedade e o controle jurisdicional de políticas públicas, assim como a necessidade de concretização dos direitos fundamentais permitiram novos desdobramentos à jurisdição, entre eles o ativismo judicial.

Esse fenômeno trouxe questionamentos e preocupações, principalmente quanto à preservação da segurança jurídica, o estabelecimento de limites objetivos ao processo hermenêutico e ao controle às intervenções do Judiciário nos demais poderes. Portanto, a moldura teórica proposta na presente pesquisa não se constitui simplesmente de uma apresentação de argumentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial ou à repetição de concepções a respeito do princípio da separação de poderes, mas à reflexão sobre a democracia brasileira e a preservação da Constituição de 1988, através de uma análise da atuação do Poder Judiciário e de como o Direito tem sido aplicado pela principal instituição do sistema de justiça.

O ativismo judicial é um tema que ainda desperta controvérsias quanto às suas consequências, necessidade e compatibilidade democrática-constitucional, justificadas pela dificuldade de sua própria definição. Portanto, relevante a sua compreensão por dizer respeito à atuação do poder de maior destaque na atualidade, não apenas para investigar suas raízes e apresentar um conceito, mas para refletir acerca da atuação do Judiciário e o diálogo (ou ausência deste) com os demais poderes, na realidade brasileira e local.

Assim, considerando a complexidade do tema, delimitou-se o estudo para analisar a atuação do Poder Judiciário frente à discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação. Em outras palavras, a pesquisa pretende responder ao seguinte questionamento: A atuação do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa, determinando escolhas à Administração Pública com relação a políticas públicas de educação, caracterizaria ativismo judicial?

Desse modo, os objetivos do estudo se desdobram em três dimensões ou etapas: primeiramente entender o que é ativismo judicial; em seguida, traçar limites ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários; e, ao final, verificar a ocorrência ou não de atuação ativista por parte dos juízes, a partir da análise de decisões que versem sobre a delimitação temática proposta - direito à educação -, e que impliquem em interferência do Judiciário no Executivo.

O primeiro capítulo procura compreender o que é ativismo judicial, delimitando a concepção sob o ponto de vista da atuação jurisdicional para implementação de políticas públicas, a qual interfira em atividades típicas do Legislativo e do Executivo, desequilibrando a balança que deve existir entre os poderes democráticos. Para tanto, busca diferenciar três fenômenos que estão interrelacionados: judicialização da política, controle jurisdicional de políticas públicas e ativismo judicial.

Posteriormente, o segundo capítulo investiga os limites do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, com suporte na análise da extensão da discricionariedade administrativa, das questões políticas pertinentes aos atos administrativos, dos vícios que podem ser verificados por meio do controle jurisdicional e de critérios objetivos direcionados aos juízes para um controle prudente e não invasivo às atividades típicas da Administração Pública. Além disso, busca refletir sobre as implicações decorrentes da limitação ao espaço de atuação da Administração Pública pelo Poder Judiciário, para a democracia brasileira e para a concretização dos direitos fundamentais.

Ao final, o terceiro capítulo analisa decisões de juízes federais no Maranhão e acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem como do Superior Tribunal de

Justiça que discutem a definição de escola pública, para fins de concessão de vaga em universidades federais e institutos federais a alunos egressos de escolas filantrópicas, comunitárias e assemelhadas. Partindo das discussões teóricas apresentadas nos dois primeiros capítulos, busca-se responder ao problema de pesquisa, ou seja, se o Poder Judiciário tem atuado de modo ativista, interferindo na discricionariedade administrativa para implementar, ao seu modo, políticas públicas de educação.

Quanto à metodologia de investigação, a abordagem é qualitativa, por ser esta a abordagem essencial nas ciências sociais, pela riqueza de significados que a realidade social oferece ao pesquisador. Além disso, investiga-se o fenômeno jurídico do ativismo judicial, seu conceito, teorias e desdobramentos na prática judiciária que não podem ser apreendidos pela simples análise de indicadores quantitativos. E, da mesma forma, a compreensão da discricionariedade administrativa requer uma abordagem qualitativa.

O referencial teórico-metodológico é o crítico dialético, que tem por característica a análise dialogada entre os conteúdos objetos de investigação, bem como permite o desenvolvimento de avaliações de realidades complexas e a superação da aparência dos fenômenos, por meio da análise de suas determinações e contradições.

Além disso, a estratégia de pesquisa utilizada é a análise de conteúdo das decisões de primeira instância da Seção Judiciária Federal no Maranhão, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça que versem sobre tema delimitado dentro do direito à educação, que condicionem a discricionariedade administrativa, fazendo-se o recorte do texto e categorização a partir dos objetivos estabelecidos para interpretação e inferência dos dados, os quais permitiram o diálogo entre o referencial teórico apresentado nos capítulos primeiro e segundo, por meio de pesquisa bibliográfica, e a análise empírica do terceiro capítulo, fundamentada essencialmente - mas não exclusivamente - em análise documental e jurisprudencial. Os critérios de coleta e análise dos dados são pormenorizados no último capítulo.

2 ATIVISMO JUDICIAL: o protagonismo do Poder Judiciário para concretização de direitos e garantias constitucionais

Neste capítulo será analisado o ativismo judicial, uma vez que não seria possível refletir sobre os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário em demandas relacionadas ao mérito administrativo, sem uma compreensão prévia e clara desse fenômeno, conceitos complementares e a sua relação com a implementação de políticas públicas.

Assim, inicialmente, será feita uma distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, abordando o conceito, a origem e os fatores de impulsão de cada fenômeno para, em seguida, compreender de maneira mais detida as peculiaridades do desenvolvimento e os fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil e, finalmente, analisar a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

2.1 Uma Nova Denominação para Judicialização da Política?

O ativismo judicial não deve ser confundido com a judicialização da política. São fenômenos distintos, contudo, pode-se afirmar que o ativismo não seria possível sem o desenvolvimento da judicialização nas democracias modernas.

Embora inegável a universalização do protagonismo judicial nos estados constitucionais modernos, a intensidade da atuação do Poder Judiciário em países que adotam modelos institucionais diferentes não é a mesma. No presidencialismo, surgido nos Estados Unidos, a preocupação em combater o poder arbitrário permitiu a elevação do Judiciário a uma posição de igual peso conferido ao Legislativo e ao Executivo, cuja fonte primordial de poder estava na possibilidade de exercer o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos. No modelo parlamentarista, por sua vez, o espaço reservado ao Judiciário é restrito. Cabe à instituição a prestação do serviço público concernente à aplicação da lei para solução dos conflitos e garantia dos direitos. Contudo, na esfera pública, a palavra final é exclusivamente do Parlamento, pois o Judiciário não é um poder de Estado. O berço desse modelo é a Inglaterra, onde a Revolução Gloriosa de 1688 e a Declaração de Direitos de 1689 consagraram a supremacia do Parlamento (SADEK, 2013).

No atual estágio da constitucionalização de ampla gama de direitos, passam a gravitar ao redor do Poder Judiciário relevantes decisões de cunho político, descortinando o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Em havendo inércia do Legislativo e do Executivo na efetivação dos preceitos constitucionais e demais normas

jurídicas, o centro de decisões desloca-se para o Judiciário, poder que passou despercebido pelos modelos de Estado anteriores.

Antes de se iniciar o estudo da judicialização da política são necessários alguns apontamentos sobre outro fenômeno que a precedeu, qual seja: a jurisdicização da política.

De acordo com Souza (2010), o nascedouro da jurisdicização da política - que implica uma transformação da política em lei, entendida esta como ato organizado e racional, derivada da vontade e da soberania popular e componente de uma instituição representativa do poder político -, remonta ao século XVIII, fase inicial do Estado de Direito e da constitucionalização da atividade política, e que teve como marcos históricos a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Aponta o autor que nesse período houve uma eclosão de direitos políticos com a positivação constitucional da vontade política do povo.

Os interesses e anseios do povo não podiam mais ser esquecidos nos discursos inflamados dos revolucionários, sendo necessária a contextualização e descrição, expressa e objetiva, das ações políticas que eram desenvolvidas, de modo que a política passou a ser reduzida a termo em leis, consagrando a era da política publicada em texto e ao alcance da população. Essa tentativa dos revolucionários em circunscrever suas ações políticas em legado escrito e objetivo gestou a jurisdicização da política, implicando a correspondência entre o direito e a busca do comedimento entre a energia política emergida da revolução e a razão que conduziria à edificação do novo Estado, materializado na Constituição (SOUZA, 2010).

A jurisdicização da política representou a transformação de assuntos que antes eram exclusivamente políticos em temas de interesse jurídico como forma de impedir a arbitrariedade estatal e garantir direitos aos cidadãos com respaldo em instrumentos jurídicos sistematizados, e preferencialmente escritos.

A partir da jurisdicização da política um novo fenômeno ganhou espaço, a judicialização da política, que não se confunde com aquela.

O fenômeno de transição ocorre da deliberação firmada na vontade popular (jurisdicização) a um outro patamar em que o julgamento se sucede sob a coordenação de magistrados, visando em última instância o interesse público. Tal trajetória realiza-se do político ao técnico, do popular ao especialista, visto que consubstancia o aprendizado técnico acumulado pelo Poder Judiciário como disponibilidade para punir e reparar os desvios dos atos administrativos e políticos. Em outras palavras, do julgamento eleitoral e moral recorre-se à apreciação formal e especializada. Ora, a política geradora da lei é agora julgada pela própria lei a que deu origem, o que, por sua vez, traduz uma maturidade político-institucional atingida no Estado Democrático de Direito (SOUZA, 2010, p. 85-86).

Judicializar significa solucionar conflitos por meio de um julgamento legal, no qual ao final será proferida uma decisão por um juiz ou tribunal, e tal decisão se tornará imutável (na maioria dos casos), sendo imposta aos poderes majoritários. Decorre da expansão do Poder Judiciário com a constitucionalização de direitos e a criação de Cortes Constitucionais com competência para realizar revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo.

O Constitucionalismo impôs a observância ao princípio da supremacia da Constituição, sendo dever do Poder Judiciário protegê-la de quaisquer atos que possam alterar ou diminuir seu alcance.

O fortalecimento da jurisdição constitucional também demonstra o poder político intenso exercido pelo Judiciário. Diz ela respeito à guarda da Constituição¹ e ao controle de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos na emblemática decisão do *Justice Marshall* da Suprema Corte, no caso *Marbury versus Madison*², em 1803, cujo teor declarou a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Americana, dando origem ao controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*).³

Portanto, a jurisdição constitucional é uma consequência natural da adoção de constituições rígidas e da supremacia formal e substancial que elas detêm perante os demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico de determinado Estado, sendo um fator determinante para a judicialização da política.

Ao analisar as causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial, Cappelletti (1999) aduz que no Estado do *Welfare State*, o gigantismo do Legislativo e do Executivo aumentou as funções e responsabilidades do terceiro poder (Judiciário), a exemplo da justiça constitucional por meio do controle de constitucionalidade das leis, e da justiça administrativa, ou seja, o controle judiciário da atividade do Executivo. Para o autor, apenas duas alternativas eram possíveis para os tribunais em face do gigantismo do Legislativo e do Executivo: permanecer fiéis à concepção tradicional e limitada da função jurisdicional do juiz

¹ Quanto à polêmica sobre quem deve ser o guardião da Constituição, interessante o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

² Sobre a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*: Cf. BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

³ De acordo com Baum (1987), a Suprema Corte Americana elevou sua posição a partir da presidência de John Marshall (1801 a 1835), e mais especificamente com a decisão no caso *Marbury versus Madison* (1803), pela qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal e ofereceu uma justificação para a sua supremacia na interpretação da Constituição. A agressividade da Corte nesse período, derrubando várias leis estaduais, ocasionou uma forte represália dos outros poderes, entre elas a tentativa de afastamento de um de seus juizes através de *impeachment* intentado pelo Presidente Jefferson, mas sem êxito. Para o autor, a posição da Corte na elaboração de políticas públicas foi posteriormente testada no caso *Scott versus Sandford* (1857), período em que a Corte foi presidida pelo *Justice* Roger Taney, sustentando que o Congresso havia excedido seus poderes constitucionais ao adotar o Acordo de Missouri, que proibia a escravidão em alguns territórios.

como boca da lei, o que causaria um desequilíbrio no âmbito do sistema de poderes do Estado; ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se o terceiro gigante. Além disso, para Cappelletti, a expansão do catálogo de direitos fundamentais (especialmente em âmbito internacional) contribuiu sobremaneira para o protagonismo do Poder Judiciário, especialmente das Cortes Constitucionais.

A crise do *Welfare State*, a fragmentação da sociedade e as incertezas do mercado direcionaram as expectativas de direitos para o Poder Judiciário, o que resultou no aumento vertiginoso da litigação, estimulado pela ampliação dos canais de acesso à justiça, em clara substituição do Estado pelo Judiciário, impulsionada pelo próprio Estado (Executivo e Legislativo) e pelo cidadão. Significa dizer que o Judiciário foi dotado de competências que lhe permitem solucionar conflitos políticos e sociais por uma decisão política e não jurídica (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007).

Para Tonelli (2013), a judicialização da política, ao contrário do que se possa imaginar, não é um problema jurídico, mas político, pois são as condições políticas que o promovem, refletindo uma tensão crescente entre o poder político e o direito, em que a jurisdição prevalece quando em conflito com os poderes Legislativo e Executivo. De acordo com a autora, entre as condições políticas que favorecem a judicialização estão: a democracia, pois a judicialização só seria possível em um governo no qual se permite a participação de juízes no processo de tomada de decisão de políticas públicas; o sistema de separação de poderes que garante independência ao Judiciário, embora não seja uma condição necessária; a existência de direitos que podem ser impostos contra a maioria por meio de ações judiciais; e a utilização dos tribunais por grupos de interesses e pela oposição quando estes não obtêm êxito no processo político, ou quando as instituições majoritárias se tornam ineficazes.

No entender de Ferejohn (2002), o Judiciário assumiu um novo papel decorrente de algumas reconfigurações: as Cortes passaram a regular a atividade parlamentar ao impor limites substantivos ao processo legislativo por meio da fiscalização da constitucionalidade; políticas públicas passaram a derivar da jurisdição; e o Judiciário passou a interferir na atividade política, ao impor restrições ao comportamento de partidos políticos, agentes políticos e grupos de interesse. Ferejohn ainda apresenta duas teses para explicar a judicialização da política: a primeira está relacionada à fragmentação do poder dentro dos poderes, de modo que as pessoas passaram a buscar a resolução de seus conflitos em instituições que podem apresentar uma resposta aos seus problemas, sendo o Judiciário a instituição escolhida por excelência; e conforme a segunda tese, as Cortes são vistas como protetoras dos direitos, especialmente das minorias, pela sua função contramajoritária.

Sobre este segundo ponto, que diz respeito à visão que o jurisdicionado tem do Poder Judiciário, interessantes são as reflexões de Maus (2000) a respeito da expansão do controle normativo protagonizado pelo Judiciário sob uma perspectiva psicanalítica. Para a autora alemã, o crescimento do Judiciário não pode ser reduzido apenas à ampliação objetiva de suas funções, ao aumento do poder de interpretação, à crescente disposição para litigar ou à consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. A análise deve abranger também o fato de que a Justiça⁴ ganha uma representação por parte da população com contornos de veneração religiosa. Maus afirma que a expectativa de que a Justiça funcione como instância moral não se manifesta apenas em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular, a demonstrar o infantilismo da crença na Justiça como terceiro neutro que pronuncia decisões objetivas, imparciais e justas.

Assim, a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social não deriva de pretensões de ativismo judicial. A ocupação pelos juízes dos lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política aponta para processos mais complexos, de múltiplas instâncias e de transformações profundas de âmbito global, especialmente após o segundo pós-guerra e a constitucionalização de direitos e garantias que reclamavam um Judiciário capaz de impor limites e obrigações ao poder soberano (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007).

O fenômeno da judicialização da política refere-se à ocorrência de uma expansão global do poder judicial em andamento nos sistemas políticos do mundo globalizado. Diz respeito à invasão da política pelo direito e em situações limite, o ativismo judicial caracteriza o que alguns pesquisadores no assunto denominam como o perigo do “governo dos juízes” ou “juristocracia” (TONELLI, 2013, p. 9).

Como referido, as Corte Constitucionais possuem um papel de destaque para o desenvolvimento e fortalecimento da judicialização da política, especialmente pelo controle de constitucionalidade que elas realizam, cujas bases estão na *judicial review* empregada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Tocqueville (2005) observou que os juízes americanos possuíam como diferencial serem dotados de poder político. O autor sustenta que ao reconhecerem aos juízes o direito de fundar suas decisões na Constituição, permitindo ao Judiciário declarar leis inconstitucionais, os americanos conferiram um imenso poder político aos seus tribunais.

Ao analisar a Suprema Corte Americana, Baum (1987) ressalta a importância da alta Corte do Poder Judiciário estadunidense, pois ela ajuda a resolver muitas das questões mais relevantes e controversas do país, moldando a política do Governo em áreas diversas como

⁴ Quando a autora se refere à “Justiça”, leia-se como Poder Judiciário.

direitos civis e a proteção do meio ambiente. Para o autor, os tribunais são parte integrante do Governo e, assim, são instituições políticas por definição, mas também são instituições legais.

No Brasil, a institucionalização das Justiças do Trabalho e Eleitoral, e principalmente a redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988, foram fatores determinantes para a judicialização da política e das relações sociais, além dos determinantes de caráter mundial (ou pelo menos ocidental) (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007).

Uma Constituição extensa, rígida e detalhista, com um amplo rol de direitos fundamentais, além de fundamentos, objetivos e princípios vagos, indeterminados e abertos à interpretação, como a dignidade da pessoa humana, são as bases da judicialização da política no Brasil.

A redemocratização do Estado brasileiro de cunho *welfareano* (intervencionista), a consagração de uma Constituição valorativa e que transborda normas programáticas, bem como a desconfiança em relação aos poderes Executivo e Legislativo concorreram para o estreitamento dos laços do Judiciário com a política e as relações sociais. Os conflitos políticos e sociais passaram a ser debatidos na seara jurídica, pelos órgãos judiciais principalmente, por meio de argumentos jurídicos e políticos (ou políticos revestidos de jurídicos?).

O desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição de 1988, além de conferir o estatuto de poder ao Judiciário, alterou sua identidade de mero aplicador das leis para agente político responsável pelo controle de constitucionalidade, pelo arbitramento de conflitos entre o Legislativo e o Executivo e pela responsabilidade de resguardar o ordenamento jurídico. A rigor, não há matéria que não seja passível de apreciação judicial no Brasil, pois além do fortalecimento do Poder Judiciário, foram estendidas as áreas de atuação das demais instituições do sistema de justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia (SADEK, 2013).

Ademais, a determinação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição⁵ e a previsão de ações constitucionais de controle de constitucionalidade, com amplo rol de legitimados, também são fatores de intervenção judicial crescente.

Em pesquisa intitulada *Dezessete anos de judicialização da política*, Vianna, Burgos e Salles (2007), investigaram o padrão de judicialização da política entre os anos de 1988 e 2005, a partir de ações diretas de inconstitucionalidade, que se tornaram um recurso institucional estratégico de governo, instituindo o Supremo Tribunal Federal como um

⁵ Assim dispõe o art. 102 da CF/1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

Conselho de Estado. De acordo com a pesquisa, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN's), consideradas vias complementares de disputa política e de exercício de oposição, versam principalmente sobre temas relativos à Administração Pública, possuem como principais protagonistas os partidos políticos - especialmente quando minoritários ou são oposição ao Governo -, e são mais frequentes nos estados cuja vida política é mais plural e democratizada.

Importa ressaltar, ainda, que a interferência exercida pelo Judiciário nos demais poderes ocorre principalmente mediante o controle judicial de políticas públicas, tendo em vista a necessidade de o Estado concretizar as garantias mínimas previstas na Constituição e a não rara omissão do Legislativo e do Executivo, que pelo temor das urnas tendem a fugir de temas polêmicos, deixando aos que possuem maior estabilidade a tarefa de decidir sobre os rumos da sociedade, ou seja, aos juízes. “Nas situações em que o Legislativo se recusa a decidir determinada matéria diante de seu potencial custo político, ocorre a transposição da discussão para o Judiciário que não precisa se preocupar com as consequências eleitorais de suas decisões.” (CLÉVE; LORENZETTO, 2016, p. 65).

De acordo com Amorim (2015), o controle judicial de políticas públicas não pode ser afastado, visto que a atuação judicante é elemento da concepção política escolhida pelo constituinte originário.

Até onde se pode discernir, o Poder Judiciário é um poder diferenciado, que não existe até que se lhe provoque. Na efetivação dos direitos sociais, o protagonismo deve ser dos Poderes Executivo e Legislativo, mas na omissão deles, quando acionado a sair da inércia, não há sentido em se defender uma postura passiva do Órgão Julgador. O Poder Judiciário, ao seu peculiar modo de agir, e respeitando as limitações impostas pelo sistema, tem tanta responsabilidade quanto os demais na efetivação de políticas públicas que a todos servem e interessam, e que para a sociedade se traduzem em desenvolvimento e justiça (AMORIM, 2015, p. 40).

O alerta a ser feito, não apenas no que tange ao controle judicial de políticas públicas, mas também ao ativismo judicial, como se definirá a seguir, e à judicialização da política, de uma forma mais genérica, é a imperiosidade de controlar as decisões judiciais, afastar arbitrariedades e evitar decisões conforme a consciência pessoal do julgador, sem qualquer lógica jurídica.

Combater a discricionabilidade, o ativismo, o positivismo fático, etc. – que como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade (STRECK, 2015, p. 119).

Para Maus (2000), quando a Justiça⁶ ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, ela escapa dos mecanismos de controle social, aos quais devem se submeter todas as instituições do Estado. Além disso, quando a Justiça contrapõe um direito dito “superior” ao direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, estaria clara a regressão aos valores pré-democráticos, de modo que a Justiça nada mais seria do que uma substituta do imperador ou o próprio monarca substituído.

É de bom tom ter em mente a incompatibilidade de um Judiciário como “Superpoder”: o equilíbrio institucional existente ocorre porque cada um dos órgãos estatais tem meios e ciência exata de como tratar as matérias a eles destinadas. Quando o Legislativo aponta as fontes de custeio para as novas despesas, o Executivo se utiliza daquela nova permissividade para arrecadar. Cada qual tem ao seu dispor o aparato e estudo necessário para que as contas públicas não sejam desequilibradas. Quando o Judiciário age tomando para si todas estas funções, apenas duas possibilidades podem ser vislumbradas: ou teríamos usurpadas as funções dos outros entes políticos, em clara afronta à democracia, inaugurando verdadeira aristocracia judiciária – instalando uma crise de governabilidade; ou, o que é mais provável, um Poder que instituiria políticas públicas disfuncionais, que não alcançariam seus objetivos, pelas variadas razões já aqui demonstradas. Motivos mais que suficientes para se reafirmar que a formulação das políticas públicas compete ao Poder Legislativo, reservando-se ao Judiciário a sua avaliação de constitucionalidade (AMORIM, 2015, p. 63).

Analisada a judicialização da política, podem-se traçar as linhas demarcatórias que a diferenciam do ativismo judicial, objeto principal da pesquisa. Todavia, por se tratar de fenômeno mais amplo, que abrange o ativismo, muitas das considerações já apresentadas serão ratificadas expressa ou implicitamente, especialmente quanto aos fatores que impulsionaram o seu desenvolvimento e a necessidade de estabelecer limites à atuação do Poder Judiciário.

O ativismo judicial tem sua origem atribuída à jurisprudência norte-americana, à atuação proativa da Suprema Corte, desde o surgimento da *judicial review*, passando pelo período denominado “Governo dos Juízes” (1895 a 1937)⁷, e a partir da década de 1950 sob a presidência de Warren (1953-1969)⁸ até os primeiros anos da Corte Burger (até 1973), fase na

⁶ Quando a autora se refere à “Justiça”, leia-se como Poder Judiciário.

⁷ Ao analisar a Suprema Corte durante o período do “Governo dos Juízes”, Rodrigues (1992, p. 100) aponta que: “Colocando-se na posição de declaradores de um direito natural acima da própria Constituição, os juízes daquele tribunal passaram a julgar da superconstitucionalidade das leis, em vez de limitar-se a dizer de sua simples constitucionalidade ou da competência do legislador, sob o império da Constituição, para adotar tal ou qual medida. As leis não eram mais declaradas inválidas, em sua maioria, por incompatibilidade com os textos da Constituição e por processos por ela estabelecidos, mas por incompatibilidade com os grandes princípios superiores à mesma”.

⁸ Durante a presidência do *Justice Earl Warren* (1953-1969), a decisão mais emblemática da Suprema Corte Americana foi a do caso *Brown versus Junta de Educação* (1954), que ordenou a integração racial nos sistemas escolares do Sul e iniciou um longo processo de integração racial nos Estados Unidos.

qual se produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, particularmente envolvendo negros (COSTA, 2010).⁹

No caso *Roe vs. Wade* de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao reconhecer o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez com base na interpretação da Décima Quarta Emenda da Constituição, atuou de forma claramente ativista. No referido caso, a Suprema Corte considerou que as leis federais e estaduais que restringem o aborto são contrárias ao direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal, e que o fato do direito à privacidade não estar explícito na Constituição não significa que não esteja amparado por ela. Consideram os *Justices*:

Este direito de privacidade, seja ele fundado no conceito de liberdade pessoal da Décima Quarta Emenda e restrições à ação estatal, como achamos que é, ou, como o Tribunal Distrital determinou, na reserva da Nona Emenda de direitos sobre o povo, é amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher de encerrar ou não a gravidez. O prejuízo que o Estado impõe à mulher grávida ao negar essa escolha por completo é evidente. Os danos diretos e diagnósticos, mesmo no início da gravidez, podem estar envolvidos. A maternidade, ou a descendência adicional, pode forçar a mulher a uma vida e futuro angustiante. Os danos psicológicos podem ser iminentes. A saúde mental e física pode ser tributada pela assistência à infância. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada, e há o problema de levar uma criança a uma família que já não é capaz, psicologicamente e de outra forma, de cuidar dela. Em outros casos, como neste, as dificuldades adicionais e o estigma contínuo da maternidade solteira podem estar envolvidos. Todos estes são fatores que a mulher e seu médico responsável consideram necessariamente em consulta.¹⁰

A partir da atuação da Suprema Corte Americana, o Poder Judiciário deixou de ser o poder inofensivo que os pais fundadores Hamilton, Madison e Jay (2003) imaginaram, o qual não teria nem força nem vontade para atacar nenhum dos outros dois poderes.¹¹ No entanto, a

⁹ Ao analisar o ativismo praticado pela Suprema Corte Americana entre os anos de 1803 a 1969, Oliveira Junior e Ramos (2014) apresentam uma classificação em três fases: 1ª) ativismo de fortalecimento do governo federal por meio da contenção do poder legiferante dos Estados-membros durante as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873); 2ª) ativismo de defesa da política econômica liberal, durante o período conhecido como “Governo dos Juizes” (1895-1937); e 3ª) ativismo de reafirmação das liberdades civis durante a Corte Warren (1952-1969).

¹⁰ This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation. (*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973)).

¹¹ Para Hamilton, Madison e Jay, o Poder Judiciário era o mais fraco dos três. “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de

desconfiança e preocupação dos antifederalistas com a natureza e os limites dos poderes judiciais nos Estados Unidos a partir da Constituição oriunda da Convenção da Filadélfia de 1787, entre eles o autor cognominado de Brutus, mostraram-se mais do que pertinentes, pela própria história da Suprema Corte. Alertava o antifederalista Brutus que:

Os Tribunais interpretam o significado de cada um dos itens da Constituição que se vão submetendo à sua consideração. Suas decisões não se cingem a nenhuma norma fixa ou estabelecida, senão que, determinarão, de acordo com o julgamento, a razão e o espírito da Constituição. As opiniões da Suprema Corte, quaisquer que sejam, terão a força de uma lei, uma vez que a Constituição não estabelece nenhum poder que pode corrigir seus erros sobre as decisões deste Tribunal (KETCHAM, 1996, p. 335).¹²

A expressão *judicial activism* teria nascido em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, de autoria de Arthur Schlesinger Jr., publicado na revista *Fortune*. No artigo, o autor teria descrito as ideologias dos membros da Suprema Corte Americana de sua época, dividindo-os em grupos: aqueles que eram ativistas judiciais e os que seguiam uma postura de autocontenção (BRANCO, 2011).¹³

Os autores se dividem entre aqueles que veem o ativismo judicial de forma positiva e aqueles que lhe atribuem um viés negativo. No primeiro grupo, pode-se citar o jurista italiano Cappelletti (1999), para quem certo grau de criatividade é inerente a toda interpretação, razão pela qual os juízes estariam constrangidos a criar o direito e por isso seriam ativistas.

No segundo grupo importa mencionar o doutrinador norte-americano Dworkin (2011), para quem, quando o juiz age de modo ativista ele ignora o texto constitucional, a história de sua promulgação e as decisões anteriores da Suprema Corte, impondo seus próprios pontos de vista sobre o que é justo. Outro crítico do ativismo judicial da Suprema Corte Americana é Levin (2006, p. 22)¹⁴:

atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p. 458).

¹² “Los tribunales interpretarán el sentido de cada uno de los artículos de la Constitución que se vayan sometiendo a su consideración. En sus decisiones no se ceñirán a ninguna norma fija o establecida, sino que determinarán, según su juicio, la razón y el espíritu de la Constitución. Las opiniones del Tribunal Supremo, cualesquiera que éstas sean, tendrán la fuerza de una ley, puesto que la Constitución no establece ningún poder que pueda corregir sus errores sobre las decisiones de este Tribunal.” (texto no original)

¹³ Conforme Baum (1987, p. 19-20), “a autocontenção judicial reflete-se na recusa da Corte em julgar certos casos importantes e controversos, como as impugnações legais levantadas contra a participação norte-americana na guerra do Vietnã.”

¹⁴ “It is as many of these justices will rely on anything but the Constitution to guide their decision-making. And there’s a reason for this: The Court has so fundamentally altered its duties, and so completely rejected the limits placed on it by the Constitution’s checks and balances and enumeration of powers, that the justices are in endless search for extra-constitutional justifications and inventions to explain their activism. The power they crave does not exist in the Constitution, which is why they must constantly skirt its provisions. [...] Judicial activists are nothing short of radicals on robes – contemptuous of the rule of law, subverting the Constitution at will, and

É o que acontece com muitos desses juízes que confiam suas decisões a qualquer coisa menos à Constituição para guiar sua forma de decidir. E há um motivo para isso: A Corte tem alterado tão profundamente seus deveres e rejeitado tão completamente os limites que lhe foram colocados pelos *checks and balances* constitucionais e pela regulamentação dos poderes, que os juízes estão em uma busca sem fim por justificativas extra-constitucionais e invenções para explicar seu ativismo. O poder que eles almejam não existe na Constituição, por isso eles precisam constantemente procurar por suas provisões. [...] Ativistas judiciais não são nada mais do que radicais de robe – desdenhosos das regras do direito, subvertendo a Constituição à sua vontade, e usando a confiança do público para impor suas preferências políticas à sociedade. De fato, nenhum movimento político radical tem sido mais efetivo em minar nosso sistema governamental do que o judiciário. E a cada período de julgamento da Suprema Corte, nós prendemos nosso fôlego coletivamente na esperança de os juízes não fazerem mais danos do que o esperado, sabendo muito bem que eles nos desapontarão. Essa é a natureza da tirania judicial.

Baum (1987), por sua vez, adota uma concepção neutra de ativismo judicial, referindo-se à disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas estabelecidas por outras instituições, seja através da revisão judicial ou pela simples interpretação da Constituição e das leis. Assim, o elemento mais visível do ativismo judicial seria a emissão de decisões que derrubam políticas legislativas e executivas.

No Brasil, Tavares (2011) defende a necessidade de intervenção do Judiciário no ato administrativo ou legislativo. Como anotado pelo autor, tal interferência está fundamentada no Estado democrático de direito, cujo tripé seria a justiça, o direito e a lei. O juiz, dotado de consciência sociopolítica não poderia permanecer neutro ou estático à perpetuação da injustiça social, pois estaria agindo contra os princípios constitucionais de sua atuação e contra a natureza de seu múnus, que é de agente político mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade. O Poder Judiciário estaria apenas agindo na esfera que lhe compete por determinação constitucional, quer dizer, interpretando as leis e valendo-se dos instrumentos úteis e necessários para atingir o máximo de justiça possível em suas decisões. Segundo Tavares (2011, p. 118), “não existe ativismo judicial predatório, não passando de mito o papel intervencionista atribuído ao judiciário”.

Em visão contrária ao ativismo judicial na doutrina brasileira destaca-se Streck (2015), para quem o problema do ativismo é que ele possui uma razão solipsista, pois a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes. Segundo o autor: “O ponto central da fragilização da Constituição está na aposta no ativismo judicial. O ativismo nunca é bom para a democracia.” (STRECK, 2016, p. 11).

using their public trust to impose their policy preferences on society. In fact, no radical politic movement has been more effective in undermining our system of government than the judiciary. And with each Supreme Court term, we hold our collective breath hoping the justices will do no further damage, knowing full well they will disappoint. Such is the nature of judicial tyranny.” (texto original)

Conforme Barroso (2008), o ativismo ultrapassa os limites constitucionais, se transformando em um exercício deliberado de vontade política pelos magistrados. Assim entende o autor:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (2008, p. 6).

Na presente pesquisa o ativismo judicial será apreciado sob a perspectiva traçada por Barroso de imposição de condutas ou de abstenções ao Legislativo e ao Executivo, especialmente ao segundo, em matéria de políticas públicas, como se analisará oportunamente.

Quanto à primeira e à segunda condutas, cabe afirmar que o Judiciário brasileiro tem ultrapassado os limites funcionais da jurisdição, utilizando-se de interpretações equivocadas dos princípios constitucionais, como se os mesmos fossem a panaceia de todos os conflitos jurídicos do ordenamento jurídico.

Streck (2015) pondera que com o advento da “era dos princípios constitucionais”, parcela considerável da comunidade jurídica optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais do direito, ou como um suporte valorativo da sociedade, mas que ninguém saberia definir o que isso significa. Eles seriam um pretexto para a criação judiciária e a discricionariedade passa a ser a condição de possibilidade da decisão.

Os juízes, especialmente os ministros do Supremo Tribunal Federal, parecem se inspirar no “Governo dos Juízes” da Suprema Corte Americana de 1895 a 1937, ou seja, por meio de uma amplíssima *construction* constitucional - notadamente dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana -, transformam-se em árbitros não só da vida jurídica, mas das diretrizes políticas nacionais, ao dar soluções judiciais a questões substancialmente políticas, não apenas com base na Constituição e demais leis do ordenamento jurídico, mas em princípios superiores e regras hermenêuticas que não seguem uma linha lógica e, para dizer o mínimo, jurídicas, como os princípios de interpretação da proporcionalidade e razoabilidade.

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos. [...] Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos (REVERBEL, 2010, p. 73).

O que se observa é que apesar de o ativismo atender às demandas da sociedade não satisfeitas pelos legisladores ou pelos administradores públicos, legítimos representantes eleitos pelo povo, ele acaba por usurpar um papel que não lhe pertence, e agrava mais ainda a deficiência institucional dos poderes públicos.

Fazendo-se um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o praticado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal percebem-se distinções importantes. Nos Estados Unidos, o caráter sintético da Constituição e o sistema majoritário ensejaram uma postura ativista do Legislativo e do Judiciário, em que este último precisa conter o poder legiferante dos Estados-membros e do Governo Federal. Já no Brasil, o caráter analítico da Constituição de 1988 e o sistema proporcional de eleição têm levado a um passivismo legislativo e a um ativismo judicial (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014).

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014, p. 37).

A omissão do poder público em legislar para regulamentar os direitos fundamentais previstos na Constituição ou ainda para concretizar políticas públicas, como forma de evitar temas polêmicos e afastar o eleitorado são fatores de impulsão do ativismo judicial no cenário democrático-institucional nacional, posto que ao Judiciário é delegada a missão de decidir, contudo, sem o peso das urnas, mas também sem a prerrogativa de se utilizar da conveniência e da oportunidade, inclusive para não decidir.

A referida omissão do Legislativo e do Executivo, portanto, melhor se traduziria em ação explícita, deliberada e opcional desses poderes, com a clara intenção de desvencilhar-se de decisões sobre assuntos complexos e com ampla divergência social, como ocorreu com a regulamentação do direito de greve, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto, entre outras questões relevantes cuja regulamentação é transferida intencionalmente ao Judiciário. Trata-se de uma opção institucional não apenas dos poderes, como também dos partidos e de cada político individualmente, pois os mesmos estão mais preocupados em manter-se no poder do que efetivamente construir uma visão da instituição que representam.

Registra-se, ainda, quanto à distinção de configuração do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil, o fato de que esse fenômeno não pode ser compreendido da mesma forma em sistemas de predominância da *Civil Law* (caso brasileiro) e em sistemas de predominância da *Common Law* (caso dos Estados Unidos e da Inglaterra).

Como é cediço, o Estado de Direito possui dois grandes sistemas: o sistema da *Common Law* e o sistema romano germânico ou da *Civil Law*. Na *Common Law* a jurisprudência (*precedente*) ocupa o posto de principal fonte do direito, de modo que não há exagero em dizer que os juízes criam o direito.

A expressão *judge-made-law* tem esta profunda raiz no *Common Law*. Assim, o juiz neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não poder existir ativismo judicial no *Common Law*. Ele existe, e quando verificado é profundamente expelido, respeitando, é claro, as peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica (REVERBEL, 2010, p. 71).

Já no sistema romano-germânico, baseado no princípio da legalidade jurídica devida, torna-se mais evidente a ocorrência de ativismo judicial. A lei é a fonte principal para se chegar às soluções justas dos casos concretos, e na ausência dela, o intérprete não está autorizado a criar o direito, devendo decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Zagrebelsky (1999) confronta a concepção de lei e do princípio da legalidade na tradição europeia continental e na tradição inglesa (*rule of law and not of men*). Explica o autor que na primeira tradição, a impugnação do absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia soberana. Já na Inglaterra, a luta contra o absolutismo consistiu em opor as pretensões do rei aos privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses por intermédio do Parlamento. Portanto, na tradição continental abriu-se a via para o absolutismo parlamentar por meio da lei, com base em um direito universal, atemporal, de justiça abstrata; ao passo que na tradição inglesa a lei foi concebida apenas como um dos elementos constitutivos de um sistema jurídico complexo, a *Common Law*, nascido de elaboração judicial, pela dialética do processo, e segundo o qual o direito se origina de experiências sociais concretas.

Inegável, dessa forma, o risco da inovação do ordenamento jurídico pelos magistrados, como se fossem o juiz Hércules de Dworkin (2011), de modo essencialmente moralista.

Cunha (*apud* SANTOS, 2014), ao tratar do ativismo judicial, criou a metáfora do juiz Zorro, que com sua “capa” e suas impressões pessoais de justiça, resolveria os conflitos causados pela judicialização da política. Todavia, esse juiz age ao arrepio da autorização constitucional, pelo uso fictício da proporcionalidade, da razoabilidade e da técnica de ponderação de princípios para imprimir suas percepções particulares de justiça.¹⁵

É necessário cautela e visão ampla da problemática para não se desembocar na arbitrariedade e no governo dos juízes, em afronta direta ao princípio da separação dos poderes e colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e da constitucionalização do direito, portanto, não pode ser considerado como um amplo espaço para a tomada de decisões embasadas em percepções pessoais ou na discricionariedade do juiz-intérprete, tão criticada pelos pós-positivistas. Muito menos permite ao julgador afastar-se da racionalidade ínsita ao juízo de fato (ou da instrução probatória). O desvirtuamento – ou a ausência de parâmetros – no exercício do ativismo judicial dá espaço a um indesejável desprestígio das leis (regras) em favor de princípios que se amoldam às impressões pessoais do julgador. A atividade hermenêutica esvazia-se e a intervenção do Poder Judiciário nas políticas de Estado pode tornar-se arbitrária e, por conseguinte, desprovida de baldrame constitucional (SANTOS, 2014, p. 48).

Assim, “enquanto a judicialização se refere às demandas, o ativismo está intrinsecamente ligado às decisões judiciais. O quanto os juízes estão utilizando de suas prerrogativas para ir além dos seus poderes e invadirem os poderes legislativo e/ou executivo.” (OLIVEIRA; AZEVÊDO, 2015, p. 9). A judicialização foi um fenômeno inevitável, contingente, às transformações sociais e institucionais ocorridas em ordem mundial, mas o ativismo judicial não segue a mesma lógica, pois a postura ativista dos juízes pode colocar em risco a harmonia e equilíbrio entre os poderes, bem como a ordem constitucional.

Feitas estas considerações sobre o ativismo judicial, a seguir serão analisadas as condições de avanço do fenômeno no Brasil, bem como a atuação ativista dos juízes sob o viés da implementação de políticas públicas.

¹⁵ Para Barcellos (2005), o intérprete deve percorrer três etapas ao utilizar a ponderação. A primeira delas é a identificação de todos os enunciados normativos (conteúdo do texto dos dispositivos ou a enunciação de princípios ou regras implícitas) aparentemente em conflito na situação e agrupá-los de acordo com as soluções possíveis. Na segunda etapa, o intérprete deve examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados, que podem atribuir maior ou menor peso a alguns grupos de enunciados; e/ou podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. A terceira etapa é o momento da decisão, considerando os enunciados e os fatos das etapas anteriores, para construir a solução para o conflito. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

2.2 O Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro

Delineados os aspectos relevantes do ativismo judicial, oportuno analisar as causas do desenvolvimento desse fenômeno no Brasil de forma mais detida, considerando que dúvidas não restam de que o Poder Judiciário pátrio, com foco para o seu órgão de cúpula, tem proferido decisões consideradas ativistas pela doutrina, como se apresentará nesta seção.

Várias são as causas de impulsão do ativismo judicial no Brasil: de um lado, razões de ordem estrutural e, de outro, razões que refletem problemáticas das instituições pátrias, como o modelo de Estado adotado pelo constituinte de 1988, a omissão (ou ação deliberada em deixar de agir?) dos poderes Legislativo e Executivo, e a jurisdição constitucional, com ênfase no controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, Clève e Lorenzetto (2016, p. 70) afirmam que:

Não há dúvidas, pois, sobre o fortalecimento gradual do Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal, após a estabilização democrática do Brasil. Tal constatação não procura desviar a atenção para o aspecto eminentemente agonista, adversarial que caracteriza a democracia. Pelo contrário, com a estabilização e a constância de certo conjunto de processos elementares a garantir a democracia durante as duas últimas décadas, manifestou-se o aprofundamento das discussões políticas e a inclusão de novos problemas para deliberação na arena pública. Contudo, mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, a inércia deste em certas ocasiões acaba por deixar espaços de poder “vazios” que são preenchidos pelo Judiciário, tanto que algumas justificativas do ativismo judicial são tecidas em torno das omissões dos demais Poderes.

Além desses fatores, é possível elencar também a atividade normativa extraordinária¹⁶ do Supremo Tribunal Federal com a edição de súmulas vinculantes e a atribuição de efeito *erga omnes* às decisões em mandados de injunção. Analisar-se-á as principais causas da adoção dessa postura ativista pelos magistrados brasileiros.

O primeiro fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil diz respeito ao modelo de Estado democrático-social, de perfil intervencionista adotado desde a Constituição de 1934 e que está expressa e implicitamente presente na Constituição Federal de 1988, como pode ser percebido pelos objetivos fundamentais da República insculpidos no art. 3º; o extenso rol de direitos sociais garantidos no Capítulo II do Título I; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; os vários instrumentos de

¹⁶ Não obstante a competência para edição de súmulas vinculantes tenha sido delegada pelo Legislativo ao Judiciário em norma constitucional, o caráter extraordinário dessa atividade normativa do Supremo Tribunal Federal é inegável, pois não é função típica dos juízes legislar sobre temas tão relevantes à sociedade, sem os critérios e requisitos do processo legislativo, bem como sem o amparo do mandato eletivo que autoriza os parlamentares a atuarem em nome do povo como legítimos representantes.

intervenção do Estado no domínio econômico como, por exemplo, o exercício direto de atividades que deveriam ser reservadas ao setor privado, medidas monetárias, de incentivo à produção e também de regulação do mercado por meio da tributação, dentre vários outros exemplos que poderiam ser citados (RAMOS, 2013).

Tavares (2011) defende que o Poder Judiciário deve atualizar-se e adequar-se às demandas sociais, não somente porque é necessário para o reconhecimento de seu papel social, mas porque a Constituição assim exigiria. Para o autor, partidário do ativismo judicial, é fundamental um engajamento social da instituição judiciária, de modo que o princípio da inércia seria um violador moral da Constituição.

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante de clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos (TAVARES, 2011, p. 105).

Na mesma linha, Clève e Lorenzetto (2016), apresentam algumas razões para o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: (i) a Constituição é uma ordem fundamental guardiã de princípios substantivos e não apenas uma “lei quadro”; (ii) a defesa dos direitos e princípios fundamentais é tarefa do Judiciário; (iii) essa tarefa de defesa muitas vezes requer o uso de novas técnicas de decisão para atender à complexidade social nacional e promover sentidos de justiça constitucional; (iv) o ativismo da Corte é subsidiário, ou seja, aparece apenas nas circunstâncias de inércia dos demais poderes.

Mas como controlar essa interferência? As transformações sociais, a constitucionalização dos direitos, as omissões dos representantes eleitos do povo e o novo papel de guardião da Constituição atribuído ao Judiciário são suficientes para autorizar sua atuação ativista?

Esse modelo de Estado atuante, provedor e intervencionista se manifesta principalmente pela atuação das funções executiva e legislativa. Porém, o que se percebe, no caso brasileiro, é que a concretização dos programas sociais previstos na Constituição de 1988 foram repassados para o Poder Judiciário devido à falta de atuação dos demais poderes, ocasionado uma disfuncionalidade que (retro) alimenta o déficit democrático. Os juízes passaram a ser cada vez mais provocados pela sociedade cansada e desconfiada em relação à

atuação de seus representantes eleitos, para que aqueles concretizem as chamadas normas programáticas.¹⁷

Quanto a esse fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil, assim aduz Ramos (2013, p. 271-273):

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (...). Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno.

Um segundo fator que contribuiu sobremaneira para estimular o ativismo judicial no Judiciário brasileiro foi a expansão do controle concentrado de normas, como já visto em relação à judicialização da política, fenômeno este que abrange o ativismo judicial.

Em decorrência do modelo de Estado intervencionista adotado houve uma dilatação do campo de atuação estatal que se instrumentaliza, indubitavelmente, pela edição de leis. Ocorre que, a edição de tantas leis para atender aos anseios sociais levou à perda de qualidade formal e também substancial das mesmas, intensificando, conseqüentemente, o controle jurisdicional de constitucionalidade (RAMOS, 2013).

Adota-se no Brasil dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso, cuja origem é a *judicial review* nos Estados Unidos, e o concentrado, cujo berço é o Tribunal Constitucional alemão. O primeiro é aquele em que é feito, no caso concreto, a análise da compatibilidade da lei com a Constituição, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade é a causa de pedir da ação. É realizado por qualquer juízo ou tribunal, desde que competente para o caso, conforme as regras processuais. Os efeitos da decisão em controle difuso são *inter partes* (alcança tão somente quem foi parte no processo) e *ex tunc* (produz efeitos retroativos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito). Já o controle concentrado

¹⁷ De acordo com SILVA (2007), as normas programáticas são aquelas que procuram atribuir fins ao Estado e essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda ordem jurídica, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

ocorre em um único tribunal, buscando a invalidação da lei ou ato normativo, com efeitos *erga omnes*. A declaração da inconstitucionalidade é o próprio pedido da ação constitucional.

Cabe mencionar que em análise comparativa dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, Cappelletti (1999) destrincha o modelo americano e o modelo kelseniano (austríaco) sob o aspecto subjetivo ou orgânico – os órgãos aos quais pertence o poder de controle, se difuso ou concentrado -, aspecto modal – modo como as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas perante os juízes competentes para decidi-las e como são, por estes decididas, incidental ou principal -, e aspecto funcional – os efeitos que a decisão judicial produz em relação à lei submetida ao controle e em relação ao caso concreto no qual a questão da constitucionalidade se tenha apresentado, declarativo ou constitutivo e efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Destaca o autor que a França adotou modelo distinto dos anteriores, pois excluiu um controle propriamente judicial das leis, confiando o controle da constitucionalidade a um órgão político, o *Conseil Constitutionnel*, por razões históricas (intervenções dos juízes no *ancien régime*) e ideológicas (doutrina rígida da separação de poderes).

Ainda segundo Cappelletti (1999), as distinções entre os modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (americano e kelseniano), está intimamente relacionada com as diferenças entre os sistemas jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law*. Apesar da coerência e simplicidade das premissas adotadas pelos americanos para a construção do controle difuso – função interpretativa dos juízes e prevalência da Constituição – não faria sentido a introdução de tal controle nos sistemas jurídicos da Europa continental, de predominância da *Civil Law*, nos quais não existe o princípio da *stare decisis*. Como consequências, uma mesma lei poderia ou não ser aplicada a depender na concepção do juiz se ela seria constitucional, bem como poderia haver mudança de entendimento dentro do mesmo órgão judiciário, causando impasses perigosos entre os órgãos do Poder Judiciário. No modelo concentrado, tem-se a supremacia da lei e nítida separação dos poderes, portanto, o espaço de atuação dos juízes comuns é bastante reduzido.

O Brasil adotou tanto o modelo estadunidense quanto o europeu, este último introduzido na Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, mas que só adquiriu relevância com a atual Constituição acrescida das Emendas Constitucionais nº 3/1993 e 45/2004, dentre outros fatores: (i) pela ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*); (ii) pelo alargamento do objeto dessas ações, abrangendo também a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º), a criação da ADPF – arguição de

descumprimento de preceito fundamental, com regulamentação na Lei Federal nº 9.982/1999; e (iii) a criação da ação direta declaratória de constitucionalidade.¹⁸

Mas por que o espraiamento do controle concentrado de constitucionalidade levou ao aumento do ativismo? Devido aos efeitos gerais ou *erga omnes* que a decisão judicial impõe quanto à validade da lei, o que aproxima a atividade judiciária à função legislativa. Além disso, pela possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias de inconstitucionalidade e em virtude da interferência direta da jurisdição constitucional no conteúdo dos atos legislativos, estreitando, ao ponto de não se saber a diferença, entre legislar e jurisdicionar.

Ademais, contribui como fator auxiliar da indução ao ativismo pelo controle concentrado ou pelo controle abstrato de normas a circunstância de que as normas parâmetro utilizadas pela Corte Constitucional (em sentido amplo) para apurar a validade da legislação fiscalizada são, em larga medida, máxime em sede de constitucionalidade material, normas-princípio, cuja formulação textual fluída permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutico-concretizadora (RAMOS, 2013, p. 277).

Corroborando o entendimento de que o controle de constitucionalidade, assim como é realizado no Brasil, incrementa o ativismo judicial, Reverbel (2010, p. 74):

O atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil também favorece o ativismo judicial. Se na Alemanha, na Espanha, na Itália, ou melhor, no sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma Corte Suprema, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*, contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência, a justiça.

¹⁸ Portugal também adotou um modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Segundo o Título I, da Parte IV da Constituição da República Portuguesa de 1976, a garantia da Constituição pode ser feita por meio de fiscalização preventiva, concreta e abstrata de constitucionalidade. A fiscalização preventiva é direcionada ao Tribunal Constitucional, sobre qualquer norma constante de tratado internacional que tenha sido submetido ao Presidente para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura, bem como o Primeiro Ministro ou um quinto dos Deputados. Também é possível a fiscalização concreta da constitucionalidade, em que cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. E por fim a fiscalização abstrata, conforme hipóteses previstas nos itens 1 e 2 do art. 287, com a possibilidade do Tribunal Constitucional apreciar e declarar ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. O modelo português de controle de constitucionalidade é tão complexo quanto o brasileiro, inclusive permitindo modulação de efeitos por razões de segurança jurídica, equidade e interesse público excepcional.

Outro fator a ser realçado é o Constitucionalismo, que possui dentre os seus pilares os direitos fundamentais individuais e sociais, direitos estes que passaram da seara exclusivamente política para o campo de incidência do direito, na medida em que eles foram introduzidos na Constituição e esta, como é cediço, possui força normativa.

A pormenorização de inúmeros direitos pela Constituição de 1988, impondo-se ao Estado o dever de implementá-los por meio de políticas públicas é fator inegável do ativismo judicial no Brasil, posto que o Estado brasileiro, por meio do Legislativo e especialmente do Executivo, não é capaz de atender toda a demanda que lhe foi atribuída pela Constituição, o que justificaria, para os magistrados, a intervenção do Judiciário nos outros poderes a fim de assegurar direitos constitucionalmente garantidos.

Não é outra coisa, senão o que já se comentou alhures quanto ao fenômeno da judicialização da política, que possibilitou ao cidadão exigir, judicialmente, os direitos e garantias expressos na Constituição e com o argumento teórico do princípio constitucional da inafastabilidade que impõe ao magistrado o dever de dar uma resposta jurisdicional quando provocado.

Os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passam a incorporar os comandos constitucionais que destinam ao Poder Judiciário um papel ativo na concretização dos ideais da cultura política brasileira. Nesse sentido é o entendimento de Vianna (s/a, p. 15):

Na verdade, por trás da novidade de um papel ativo do Judiciário não estava uma mutação na cultura do magistrado, tradicionalmente fiel às atitudes conservadoras da sua corporação, mas o legislador. Foi o constituinte quem destinou o Judiciário a ocupar lugar no cerne da trama política brasileira, convertendo-se em guardião de suas promessas em favor de uma sociedade justa e solidária.

Não se pode olvidar de elencar a atividade normativa extraordinária do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que diz respeito à edição das súmulas vinculantes. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o artigo 103-A¹⁹ na Constituição Federal com a

¹⁹ Assim dispõe o artigo 103-A da Constituição de 1988: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

previsão do efeito vinculante à súmula de julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal e cujo objetivo principal é conferir maior celeridade aos julgamentos evitando o acúmulo desnecessário de processos em trâmite no STF, muitos dos quais já se sabe o posicionamento da Corte.

Além disso, tem o escopo de garantir a efetividade na aplicação da lei e proporcionar uma uniformização da jurisprudência resultante da Suprema Corte, em consonância com o princípio da igualdade e da segurança jurídica, pois impede que uma mesma norma seja interpretada de modos distintos, o que trazia um sentimento de descrédito da população para com o Judiciário.

Dispensada a análise dos requisitos de elaboração da súmula vinculante e das demais questões que não tangenciam à temática aqui estudada, cabe evidenciar a sua natureza jurídica de ato normativo, de criação do direito, mais do que de sua aplicação. Esse caráter normativo fica mais evidente pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal poderá elaborá-las de ofício ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição. Quer isso dizer que foi dada aos ministros a opção de criar o direito a partir de jurisprudência (seria mesmo?) em matéria constitucional, ainda que de forma mais restrita que os legisladores.

A questão é que essa atividade normativa extraordinária do Supremo ao se aproximar excessivamente da função legiferante, estremece as bases da separação de poderes e por consequência imprime força ao ativismo judicial.

Entre as súmulas vinculantes que mais se destacam, considerada uma prática de ativismo pelo Supremo Tribunal Federal está o Enunciado nº 13 que trata da proibição do nepotismo²⁰. O Supremo, com a intenção de combater essa prática amoral, quer dizer, a prática de favorecimento de parentes no provimento de cargos em comissão ou na designação de funções de confiança no âmbito da Administração Pública, construiu entendimento a partir dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública para a formulação da referida súmula vinculante.

Ainda no que tange à atividade normativa extraordinária do Supremo, necessário comentar sobre a competência normativa em sede de mandado de injunção contrariando entendimento assentado no julgamento do MI n. 107-3/DF, de relatoria do min. Moreira Alves, prolatado em 23/11/1989, que equiparava o instituto à ação direta de

²⁰ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

inconstitucionalidade por omissão, com a diferença de que a abrangência do mandado de injunção é menor, voltada para omissões lesivas a direitos fundamentais e ele opera *incidenter tantum*, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de controle principal (RAMOS, 2013).

Ocorre que o Supremo já excepcionou esse entendimento em sede de injunção admitindo suprimento normativo para o caso concreto submetido a julgamento, viabilizando o exercício do direito afetado pela omissão legislativa. Trata-se do julgamento do MI n. 721-7/DF, segundo o qual o mandado de injunção não é apenas uma ação declaratória de omissão, mas tem caráter mandamental, posto que a declaração não é o objeto da impetração, mas pressuposto da ordem a ser formalizada. Nesse julgamento se assegurou à impetrante, desde logo, o direito requerido e que estava sendo obstado pela ausência de legislação integrativa (direito do servidor à aposentadoria em condições especiais – artigo 40, § 4º, da CF), não sendo necessário se recorrer às vias ordinárias para concretização do direito pretendido (RAMOS, 2013).

Mas o Supremo conseguiu ser mais ousado nos mandados de injunção referentes ao direito de greve dos servidores públicos, como verifica Ramos (2013, p. 302):

No entanto, no julgamento dos mandados de Injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, referentes à mora congressual na regulamentação do direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da CF), mora essa que já houvera sido declarada pelo STF em outras ações mandamentais, evoluiu a Corte para abraçar a posição mais ousada em matéria de suprimento normativo pela via injuncional, assumindo que lhe cabe proceder, subsidiária e provisoriamente, à regulamentação do “modo do exercício do direito com eficácia *erga omnes*”.

Portanto, ainda que em situações restritas e mesmo considerando o acerto das decisões e sua consonância e preocupação com a concretização de garantias fundamentais, não se nega que o STF criou norma e que esses julgamentos contribuíram para reforçar o ativismo judicial.

Todavia, essa atuação da Corte Suprema brasileira, fortalecida por mecanismos como o efeito vinculante de suas decisões - não somente daquelas proferidas em sede de controle abstrato das normas, pois o STF é a última instância judiciária – e a repercussão geral no recurso extraordinário levanta questionamentos a respeito de qual seria, afinal, o papel do Supremo Tribunal Federal, dentro do contexto brasileiro estabelecido pela Constituição de 1988 e remodelado pelas demais instituições políticas e jurídicas, como o Ministério Público, e pela própria “sociedade órfã”, como diria Maus (2000).²¹

²¹ Segundo Maus (2000), a ascensão do TFC (Tribunal Federal Constitucional alemão) à condição de censor ilimitado do legislador ocorre por ele ser assediado pelas oposições do momento e por estar sobrecarregado de

De acordo com Clève e Lorenzetto (2016), o próprio Supremo precisa se questionar constantemente sobre o seu papel e qual a intensidade do controle judicial que tem o dever de realizar em relação às leis, pois ao Supremo não cabe nem a adoção de um comportamento ativista, nem uma postura apenas de deferência aos poderes Legislativo e Executivo. Os dois modelos já se mostraram insuficientes pela história da Suprema Corte Americana, não importando sua configuração ideológica. Para os autores, o ativismo judicial pode ser, em determinada conjuntura histórica, uma peça fundamental para promover direitos civis, contudo, também pode ser manejado para a desconstrução de conquistas alcançadas duramente.

Como se viu, o ativismo possui vários combustíveis de ordem estrutural, institucional, gerais e também peculiares ao contexto brasileiro, como explica Reverbel (2010, p. 69):

Assim – em um sistema que tem por base a lei – a percepção do ativismo judicial parece ser um mal maior. Mas certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais.

Importa registrar que a presente pesquisa não tem por objetivo defender ou criticar o ativismo, bem como apresentar situações de “bom” e “mau” ativismo judicial. A pretensão da pesquisa é refletir sobre o fenômeno e a atuação do Poder Judiciário brasileiro em atividades típicas da Administração Pública, como se observará nos próximos capítulos.

demandas, de modo que ele próprio gerencia sua “mais-valia”, superando em muito suas competências constitucionais. No início de sua jurisdição, o TFC ocupou-se em estabelecer seus próprios limites, competências e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional, como pode ser observado pela seguinte citação de decisão do Repositório Oficial de Jurisprudência do TFC: “O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor da constitucionalidade do direito vigente”. Segundo esse entendimento do TFC, a própria Constituição vigente passa a ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade, ou ao menos objeto de uma interpretação “devidamente constitucional”. Significa dizer que a competência do Tribunal não derivaria da Constituição, mas sim de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo. Além disso, o Tribunal submeteria todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, mas ele mesmo não estaria vinculado às regras constitucionais, como se fosse um monarca e disfarçando seu decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. Entente a autora que a apropriação pelo TFC de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição que deixa de ser compreendida como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, e se torna um texto fundamental para os sábios deduzirem diretamente os valores e comportamentos corretos, a exemplo da Bíblia ou do Corão. Essa prática judiciária religiosa e a veneração popular da Justiça permite que o superego assumam traços imperceptíveis e naturais de consciência, nos termos de Freud, ou seja, o TFC atua mais como garantidor da própria história jurisprudencial, fazendo auto referências e sem a necessidade de justificação, do que como guardião da Constituição.

2.3 Ativismo Judicial e Implementação de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário

Como visto, o ativismo judicial é um conceito que abarca várias dimensões. Ele pode ser visto como a criação do direito pelos juízes, quando estes atuam como legisladores positivos, suprindo lacunas do ordenamento jurídico ou solucionando pseudoconflitos entre normas, especialmente normas constitucionais. No Brasil, um exemplo desse tipo de ativismo normativista é a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, competência atribuída pelo constituinte reformador com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Outra modalidade de ativismo judicial é o controle de constitucionalidade realizado por critérios menos rígidos que desconsideram a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, supervalorizando o papel das Cortes Constitucionais como guardiães da Constituição. Nesse ponto, as decisões judiciais não buscam interpretações alternativas que evitem a invalidação da norma e com ela a vontade do povo expressada por meio de seus representantes eleitos.

Tem-se, ainda, a espécie de conduta ativista dos juízes quando eles vão além de suas prerrogativas funcionais e tomam para si competências típicas de outros poderes, invertendo a lógica da separação de poderes que atribui funções típicas para cada poder, mas não os torna estanques. Ocorre que o Judiciário está apagando as linhas demarcatórias entre funções típicas e atípicas, considerando todas como deveres constitucionais para garantia dos direitos fundamentais. Este tipo de ativismo diz respeito especialmente à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário quando o Legislativo e o Executivo tornam-se omissos.

O ativismo é perpetrado principalmente pela interpretação dos princípios, que como já explorado anteriormente, demonstra uma discricionariedade do juiz que decide conforme sua própria consciência. Além disso, as decisões ativistas desconsideram precedentes jurisprudenciais firmados em matéria análoga ou idêntica, sem uma justificativa plausível para a *overruling* ou para a *distinguishing*.²²

²² O *overruling* significa uma mudança de regra, e acontece quando o tribunal, ao julgar um determinado caso concreto, percebe que a sua jurisprudência merece ser revisada. Esta necessidade de mudança da jurisprudência ocorre seja por alguma alteração do ordenamento jurídico que a fundamentava, seja porque houve uma evolução fática histórica. Este último caso é comum nas hipóteses de interpretação constitucional evolutiva, ou mais propriamente, mutação constitucional ou mesmo legal, quando se altera a norma jurídica sem a alteração do correspondente texto constitucional ou legal que lhe dava suporte. De outra mão, é possível que uma decisão judicial não represente exatamente o conteúdo de uma norma de interpretação refletida na jurisprudência de um tribunal, mas não seja a hipótese de um erro judicial, e nem também se esteja diante de uma interpretação evolutiva. A aparente dissonância entre a norma de interpretação e norma de decisão pode ser resultado de um *distinguishing*, que ocorre quando o caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal (LAGO, 2013).

Conforme mencionado, a pesquisa alinha-se ao conceito de ativismo judicial enquanto atividade decisional para implementação de políticas públicas, interferindo nas atividades típicas do Legislativo e do Executivo, quando estes são omissos.

Nesse ponto, emerge a questão do controle judicial de políticas públicas, que como analisado, é uma decorrência (ou mesmo causa) da judicialização da política. Traduzir-se-ia, então, o controle judicial de políticas públicas em ativismo judicial? Como ressaltado alhures, não parece que o controle judicial seja necessariamente uma anomalia ou um mal a ser combatido. Ao contrário, decorreria o mesmo do modelo democrático constitucional, no qual o Poder Judiciário assume novas responsabilidades, não apenas jurídicas, mas políticas, pela própria opção do constituinte.

Afinal, o Estado precisa concretizar as garantias mínimas – como saúde, educação, moradia etc. – por meio das políticas públicas, e esse papel não pode ser colocado apenas sob o encargo dos legisladores e administradores públicos. Portanto, ao identificar omissão ou má gestão desses agentes políticos, no tocante ao atendimento de direitos fundamentais indispensáveis à população e previstos na Constituição, o juiz deve intervir, contudo, dentro de certos limites.

É a ultrapassagem desses limites que configura uma atuação ativista. Quando os juízes determinam ou direcionam a atuação típica do legislador ou do administrador público e a decisão judicial acaba por tornar-se a própria lei ou o ato administrativo.

Nesse sentido, quanto ao controle judicial da formulação de políticas públicas, pondera Appio (2012, p. 151-152):

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas públicas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades de execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial de administração”. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregada execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a

possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre seus julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal.

Para Appio (2008), o controle judicial das políticas públicas implicará a substituição da vontade dos membros dos demais poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a vontade dos agentes estatais eleitos será substituída pela vontade dos não-eleitos, de modo que somente a Constituição poderá fornecer um argumento forte para superar o impasse e evitar o desequilíbrio político no país. Segundo o autor, o sistema representativo é de fundamental relevância na democracia brasileira, portanto, não se pode conceber como regra a alteração de decisões de cunho político em consideração estrita das expectativas dos perdedores do processo eleitoral. A intervenção judicial, assim, somente seria cabível quando o governo violasse diretamente uma determinação constitucional.

Não pode o juiz, ainda, desconsiderar que todos os direitos possuem um custo e que o orçamento do Estado não é ilimitado, como já alertavam os autores Sunstein e Holmes (2012). Além disso, o magistrado geralmente não detém do conhecimento necessário de finanças públicas ou simplesmente não tem como controlar um orçamento do qual não é gestor e desconhece as outras necessidades e urgências que se apresentam para a autoridade administrativa.

Exemplo de implementação de política pública pelo Supremo Tribunal Federal ficou evidenciado no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 45/2004, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004²³. Essa decisão é importante porque fez considerações sobre a dimensão política da jurisdição constitucional, a cláusula da reserva do possível e sobre a escassez de recursos.

Afirma o min. Celso de Mello que a Corte:

[...] não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

O ministro reconhece que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio o

²³ Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto.

encargo reside, primeiramente, nos poderes Legislativo e Executivo. Contudo, em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, poderá recair sobre o Judiciário tal incumbência a fim de dar eficácia aos direitos individuais e/ou coletivos.

Também é ressaltado na decisão o vínculo financeiro à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando-se que “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Quanto à cláusula da reserva do possível, conclui o ministro que ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando a omissão puder causar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Sustenta-se que a cláusula da reserva do possível está condicionada, para a imposição de encargo ao poder público, a um binômio que compreende de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Assim, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para Liang Wang (2008), a ADPF nº 45 trouxe considerações importantes e reveladoras em relação a decisões anteriores do Supremo que não consideravam a problemática da escassez dos recursos e cuja fundamentação imprimia um caráter absoluto aos direitos. No entanto, para o autor, a decisão proferida na ADPF nº 45, por ter sido em sede de controle abstrato de preceito fundamental, não conseguiu traçar critérios mais claros para servir como parâmetro à Administração Pública, aos juízes e aos próprios cidadãos.

Em decisões que tratavam de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola para crianças até cinco anos de idade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição é de eficácia limitada e natureza programática, necessitando de integração legislativa e também da execução de políticas públicas pelo poder público. Nada a ser questionado até esse ponto. Mas as decisões também proclamaram que ao Poder Judiciário cabe controlar o cumprimento dos programas previstos na Constituição, inclusive com a possibilidade de prolatar decisões impositivas de medidas destinadas a

assegurar a fruição do direito subjetivo requerido. Seguem alguns exemplos coletados na jurisprudência recente do Supremo.

A ADPF nº 45 foi citada expressamente no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 860.979/DF, de 14/04/2015, da Segunda Turma do Supremo e de relatoria do ministro Gilmar Mendes²⁴. Por unanimidade, os ministros acordaram em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator, para manter decisão que determinou à Administração Pública do Distrito Federal o atendimento educacional especializado a portadores de deficiência auditiva.

O Distrito Federal argumentou nas razões do recurso violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “as escolhas políticas sobre alocação de recursos públicos e definição de políticas públicas prioritárias devem ser realizadas pelos representantes eleitos pelo povo”.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da intervenção do Judiciário no mérito administrativo foi no sentido de que o princípio da separação de poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Portanto, não haveria que se falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira quando a obrigação decorre de mandamento constitucional e, igualmente, seria inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, em razão da intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

Nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo 875.333/RS, julgado em 28/04/2015²⁵, que versava sobre o fornecimento de educação especial, o Supremo Tribunal Federal reafirmou não haver violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário determina que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos. Para fundamentar esse posicionamento, utilizaram-se dois precedentes, em cuja ementa o argumento se repetia: “É possível ao Poder Judiciário determinar implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”.

²⁴ O caso enfrentado pelo STF dizia respeito à educação para deficientes auditivos e inserção de portadores de necessidades especiais, de uma forma geral, na sociedade. Para os Ministros do Supremo, quando há o inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional cabe a intervenção excepcional do Judiciário. Além disso, não há que falar em aplicação da cláusula da reserva do possível em razão do núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais, bem como porque não teriam sido apresentadas razões suficientes pelo recorrente para infirmar a decisão recorrida.

²⁵ Como nos acórdãos anteriores o Supremo, ao tratar do fornecimento de educação especial, afastou a aplicação da teoria da reserva do possível e a ocorrência de violação à separação de poderes.

Quanto à cláusula da reserva do possível, afirmou-se não poder ela ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente. No caso em julgamento, considerou-se que o Estado do Rio Grande do Sul “não logrou êxito em demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo art. 208, III, da Constituição Federal”.

Nesse acórdão, em contraposição aos demais, houve ao menos a menção de que a Administração Pública não apresentou detalhamento orçamentário e, portanto, caso tivesse assim feito a questão da escassez de recursos poderia ter sido melhor debatida.

No agravo regimental no recurso extraordinário 545.882/SP, julgado em 27 de outubro de 2015²⁶, também de relatoria do ministro Gilmar Mendes, os ministros acordaram pela possibilidade do Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição, pelos órgãos estatais inadimplentes.

No acórdão foi destacada a educação como direito fundamental e indisponível dos indivíduos, não estando sujeito a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, bem como o dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Além disso, ressaltou-se ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, a fim de assegurar o acesso à educação básica.

Portanto, percebe-se que, ao menos quanto aos acórdãos que versam sobre o direito à educação – direito este que é objeto da pesquisa - o Supremo Tribunal Federal tem interferido e condicionado a atividade típica da Administração Pública, no tocante à implementação de políticas públicas. Esta interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo para efetivação do direito à educação também será analisada no âmbito da Seção Judiciária Federal do Maranhão, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, objeto do terceiro capítulo.

Contudo, para caracterizar ou não as decisões do Poder Judiciário que condicionem atribuições típicas da Administração Pública como ativismo judicial, necessário discutir a amplitude e os limites da discricionariedade administrativa. Este é o tema do próximo capítulo.

²⁶ Em caso que analisou a imposição de obrigação de fazer à administração pública de fornecer transporte público, o STF mais uma vez afirmou a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para implementar políticas públicas.

3 OS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS

No capítulo anterior, verificou-se que houve uma expansão da atuação do Poder Judiciário decorrente das transformações advindas do Constitucionalismo, de modo que os juízes passaram a interferir na atividade política, requeridos pela própria sociedade que almeja a concretização das garantias fundamentais e deposita sua confiança não mais em seus representantes eleitos, mas em juízes investidos da função jurisdicional.

Além disso, ao analisar a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, afirmou-se que o controle judicial de políticas públicas e o ativismo judicial são fenômenos distintos, pois o primeiro é uma decorrência inevitável do modelo democrático constitucional e das novas responsabilidades assumidas pelos juízes a fim de garantir os direitos fundamentais, especialmente quando o Legislativo e o Executivo são omissos, e o segundo seria a ultrapassagem dos limites de intervenção nas funções típicas desses poderes pelo Judiciário.

Asseverou-se que quando a decisão judicial torna-se a própria lei ou o ato administrativo, o juiz usurpa a função dos legisladores e dos administradores públicos, o que seria ilegítimo, dentre outras razões, porque a discricionariedade desses agentes políticos não pode ser substituída pela do juiz.

Se a discricionariedade dos representantes eleitos do povo não pode ser substituída pela discricionariedade dos juízes, podem os atos administrativos discricionários ser controlados jurisdicionalmente? Considerando o novo papel assumido pelo Judiciário no atual contexto político e social, quais são os limites da atuação jurisdicional sobre os atos administrativos? O presente capítulo tem por objetivo refletir sobre esses questionamentos e, assim, analisar os limites da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos que versem sobre o direito à educação.

Para tanto, inicialmente foi necessário um estudo das possibilidades de intervenção do Judiciário na discricionariedade administrativa, a partir da apresentação das características gerais do ato administrativo, de modo a embasar a compreensão sobre a discricionariedade, a existência de questões políticas, bem como os vícios do ato discricionário e os limites procedimentais e objetivos ao controle jurisdicional sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre as razões de conveniência e oportunidade que ensejam a prática de um ato pela Administração.

O segundo passo consistiu na discussão a respeito das implicações decorrentes da limitação, pelo Poder Judiciário, do espaço de atuação da Administração Pública, para a democracia brasileira e para a implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais.

Como um todo, o estudo neste capítulo busca apontar limites objetivos, práticos e teóricos ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos praticados sob competência discricionária pela Administração Pública.

3.1 As Possibilidades de Intervenção do Judiciário na Discricionariedade da Função Administrativa

A investigação do controle jurisdicional dos atos administrativos passa não apenas por uma reflexão a respeito do novo papel assumido pelo Poder Judiciário nas atuais democracias constitucionais, exame este apresentado no primeiro capítulo, no qual foi analisado o fenômeno da judicialização da política.

O controle dos atos administrativos também requer um novo olhar sobre os conceitos e classificações clássicos do Direito Administrativo, de forma sistematizada e alinhada a todo o ordenamento jurídico, especialmente à Constituição Federal de 1988 e também o redescobrimiento da possibilidade de um controle sistemático, muito mais preventivo do que repressivo, que não deposite no Judiciário o *status* de único (ou primeiro) fiscalizador da função administrativa.

Portanto, o objetivo traçado é a apresentação de limites ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, a fim de evitar uma judicialização invasiva, bem como pautada em critérios objetivos, procedimentais e interpretativos, que garantam segurança jurídica para os administrados e harmonia entre os poderes. Assim, os pontos de análise serão os seguintes: 1º) a extensão da discricionariedade; 2º) as questões políticas dos atos administrativos; 3º) os vícios no exercício da discricionariedade; 4º) critérios para um controle jurisdicional prudente e não-invasivo.

3.1.1 A extensão da discricionariedade do ato administrativo

A doutrina administrativista define o ato administrativo como a manifestação ou declaração da Administração Pública, nessa qualidade, ou de particulares no exercício de

prerrogativas públicas, que tem por finalidade a produção imediata de efeitos jurídicos em conformidade com o interesse público e sob o regime predominante de direito público.²⁷

Eis a definição apresentada por Freitas (2009, p. 362) de atos administrativos:

[...] caracterizam-se os atos administrativos como aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos *lato sensu* (incluídos os que atuam por delegação) no exercício das atividades de administração (inconfundíveis com os atos jurisdicionais ou legislativos), cuja regência há de ser matizada por normas publicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada pelos princípios e objetivos fundamentais de Direito Público. Pode-se, pois, assimilar o ato administrativo como declaração unilateral da Administração Pública *lato sensu* ou de quem exerça atividade delegada, de natureza infralegal (em regra, ao menos), com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico.

O ato administrativo nada mais é do que instrumento da função administrativa, desempenhada não apenas pelo Executivo, mas também pelos poderes Legislativo e Judiciário, de forma excepcional.

Ele é fonte e limite formal e material das atividades do poder público, uma verdadeira expressão do Estado de Direito, gozando de atributos jurídicos especiais, como presunção de legitimidade (até prova em contrário ele é considerado válido), imperatividade (cria unilateralmente obrigações aos particulares), exigibilidade (permite a aplicação de punições aos particulares sem necessidade de ordem judicial), autoexecutoriedade (permite a execução material de atos administrativos para desconstituição de situação violadora da ordem jurídica, inclusive por meio de força física, dispensada autorização judicial) e tipicidade (para cada ato há uma finalidade específica definida pela lei).

Além de atributos, os atos administrativos também possuem requisitos de validade que servem para o controle de legalidade, especialmente pelo Poder Judiciário. São eles extraídos da norma do art. 2º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, segundo a qual são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º da mesma lei²⁸, nos

²⁷ Quanto ao conceito de ato administrativo, cabe destacar as definições de alguns dos principais doutrinadores pátrios: para *Celso Antônio Bandeira de Mello*, trata-se de “declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgãos jurisdicionais.” (2009, p. 16); de acordo com *Hely Lopes Meirelles*, o ato administrativo representa “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (2002, p. 145); *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, por sua vez, considera que o ato administrativo é “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.” (2001a, p. 196); e segundo *José dos Santos Carvalho Filho*, o ato administrativo é “a exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.” (2009, p. 95)

²⁸ Assim dispõe o art. 1º da Lei nº 4.717/65: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas

casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.²⁹ Portanto, pela interpretação da Lei de Ação Popular, os requisitos do ato administrativo são: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

Competência, forma e finalidade são considerados requisitos vinculados de validade dos atos administrativos, quer dizer, existe um campo de liberdade residual, mais restrito, ao agente público e não uma estrita e imperativa subsunção à lei. A distinção entre atos vinculados e discricionários não deve se basear mais em conceitos estáticos, definitivos, da lógica do “tudo-ou-nada”, como se o intérprete retornasse à desconfiança excessiva da Escola da Exegese que limitou qualquer liberdade de interpretação.

Como ressalta Freitas (2009, p. 389), “a diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside antes na maior ou menor intensidade de vinculação ao princípio da legalidade que na eventual inexistência de liberdade do agente na consecução dos atos vinculados.” Assim, melhor falar em requisitos predominantemente vinculados (ou predominantemente discricionários).

Quando o agente público atua fora ou além de sua esfera de competência, tem-se o vício denominado excesso de poder, mas que nem sempre levará à anulação do ato, podendo ser convalidado quando não disser respeito à competência em razão da matéria ou à competência exclusiva. Contudo, como dito, também há certa margem de discricionariedade em matéria de competência, precisamente nos casos de delegação ou avocação, pois o ato de delegar ou avocar o exercício de uma competência justifica-se por razões de conveniência, bem como é revogável a qualquer tempo.³⁰

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece nos artigos 12 a 14 as condições e características da delegação de competência: a) inexistência de impedimento legal (art. 13 da

de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

²⁹ O mesmo artigo conceitua os casos de nulidade nos seguintes termos: “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (art. 2º, parágrafo único)

³⁰ Assim dispõe o art. 11, da Lei nº 9.784/1999: “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.”

mesma lei³¹ ou outras que estabeleçam vedações); b) delegação de apenas parte da competência a outros órgãos ou titulares, subordinados ou não hierarquicamente; c) conveniência por razões de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial; d) especificação das matérias e poderes transferidos, limites, duração e atribuições; e) o ato de delegação e sua revogação devem ser publicados no meio oficial.

A referida Lei também dispõe sobre a avocação, mas de maneira bem mais singela. Diz o artigo 15: “Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior”.

Quanto a esse requisito, o Poder Judiciário poderá analisar, em sendo provocado, se houve excesso de poder que possa resultar em anulação ou convalidação do ato, e nos casos de delegação e avocação, se os requisitos legais foram atendidos. Não há grandes dificuldades para compreender essa possibilidade de revisão judicial. Em relação à discricionariedade para delegar ou avocar, também será possível o controle jurisdicional, mas com ressalvas, como se verá mais adiante.

A forma, a seu turno, é a exteriorização do ato administrativo, conforme exigido em lei, e por isso considerá-la um requisito vinculado. Mas como ressaltado, os conceitos de vinculado e discricionário devem ser relativizados e a própria Lei nº 9.784/1999, ao estabelecer no artigo 22 que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”, deixa claro que a Administração Pública não está presa a formalismos descabidos, tendo certa liberdade para adotar a forma que considerar adequada, caso a lei não forneça especificação para a validade do ato.

Deverá a Administração, considerando sua estrita margem de liberdade, adotar uma forma que propicie clareza, objetividade, transparência, segurança jurídica, eficiência, que seja capaz de atingir à finalidade legal e que esteja devidamente motivada. Além disso, nos atos que resultem em aplicação de sanções, o ato deverá viabilizar o contraditório e a ampla defesa da parte interessada. Vícios de forma podem, em regra, ser convalidados, desde que não seja a transgressão de uma forma tida como essencial para o ato e impossível de ser sanada. Aqui, também não haverá grandes desafios ao controle jurisdicional, por tratar-se de requisito predominantemente vinculado.

A finalidade, por sua vez, é determinada pela lei, sendo geral, concernente à satisfação do interesse público, e específica, que é o objetivo direto a ser alcançado com a

³¹ “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

prática do ato, por exemplo, a oferta de ensino noturno regular. O ato administrativo que não atende à finalidade legal configura desvio de poder ou desvio de finalidade, tendo como consequência a sua nulidade.

De acordo com Bandeira de Mello (2008), vício de desvio de poder apresenta dupla modalidade. Em uma delas, a Administração usa finalidade alheia a qualquer interesse público, servindo-se da competência que possui em abstrato, mas para alcançar um fim pessoal de favoritismo (próprio ou de outrem) ou de perseguição. Na outra modalidade, a Administração busca atender uma finalidade pública, entretanto, não a própria da competência utilizada. Nesta última modalidade é possível que o administrador tenha agido de boa-fé, isto é, equivocou-se em relação à competência visando atingir a finalidade legal. Todavia, não importa a ausência de má-fé, e o administrador incorrerá em desvio de poder, pois se utilizou de um dado ato que não o próprio para alvejar o fim buscado.

Para o Poder Judiciário a dificuldade em controlar o ato sob o ponto de vista do requisito da finalidade estará quando para o caso concreto a lei não atribuir uma finalidade específica e imediata. Significa dizer que, quando o legislador abrir margem de liberdade à Administração Pública para, utilizando de competência em abstrato, praticar um ato para atingir uma finalidade genérica, deverá o juiz ser prudente ao analisar se houve ou não desvio de poder.

Sobre a prova do desvio de poder, aduz Bandeira de Mello (2008, p. 80):

Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuítos de favoritismo. [...] Em síntese: para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o conjunto de circunstâncias que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se correspondeu apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais.

Dúvidas não pairam, pois, a respeito da possibilidade do controle jurisdicional ao ato administrativo quanto aos seus requisitos predominantemente vinculados (competência, forma e finalidade), posto que correspondem a critérios de legalidade. Mas as linhas demarcatórias do controle pelo Judiciário não são tão nítidas quando o exercício da competência discricionária se sobressai e os elementos de conveniência e oportunidade determinam a prática do ato pela Administração.

Para os fins que interessam neste capítulo, importa analisar com mais acuidade os requisitos do motivo e da finalidade, pois é a associação deles que determina, nos atos discricionários, o denominado mérito administrativo.

Mas o que seria discricionariedade? Cabe apresentar a definição de Bandeira de Mello (2008, p. 48):

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair uma solução unívoca para a situação vertente.

Di Pietro (2001b) explica que a evolução da discricionariedade acompanhou a própria evolução do Estado Moderno. No Estado de Polícia, a discricionariedade era vista como poder político, sinônimo de arbítrio das monarquias absolutas, em que os atos da Administração não eram submetidos à lei e nem passíveis de controle pelo Judiciário. Com o Estado de Direito, a discricionariedade ficou restrita aos atos que não dissessem respeito aos direitos individuais, mas nos demais atos a Administração continuava titular de poder discricionário de natureza política, era a chamada doutrina da vinculação negativa, segundo a qual a Administração poderia fazer tudo o que a lei não proibisse. Posteriormente foi adotada a doutrina da vinculação positiva, atribuindo-se à discricionariedade um viés jurídico, ou seja, limitado à lei, que decorreu da própria evolução do princípio da legalidade.

A discricionariedade existe pela impossibilidade lógica do legislador especificar e esgotar todas as decisões que a Administração deve tomar diante das inúmeras situações concretas que possam ser submetidas à sua apreciação, principalmente se considerar, no contexto brasileiro, que a Constituição de 1988 estabelece uma longa carta de direitos genéricos, como saúde, educação, moradia, que demandam ações mais complexas e valorativas do poder público a fim de concretizá-los, em virtude, por exemplo, das prioridades políticas estabelecidas no plano de governo do agente político, ou a escassez de recursos para atender a todas as demandas da coletividade.

O que torna um ato administrativo discricionário – praticado no exercício de apreciação/competência discricionária do agente - é a possibilidade de interferência de um juízo subjetivo do administrador no que diz respeito aos seguintes aspectos, considerados isolada ou cumulativamente: a) à determinação ou reconhecimento da situação fática; b) à decisão sobre agir ou não agir; c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazer o ato; d) quanto à forma jurídica por meio da qual veiculará o ato; e) no que diz respeito à eleição da

medida considerada idônea para satisfazer a finalidade na situação fática específica. Além disso, a discricionariedade possui como causas normativas: (i) o modo impreciso com que a lei descreve uma situação fática; (ii) quando o comando normativo apresenta alternativas ao agente público; e (iii) quando a finalidade aponta para um valor impreciso, vago (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

Portanto, a noção de discricionariedade não está limitada aos critérios de conveniência (utilidade) e oportunidade (ocasião para praticar o ato), que compõem o mérito administrativo. Ela compreende também o tema dos conceitos indeterminados.³²

O mérito diz respeito ao sentido político do ato administrativo e compreende aspectos que muitas vezes não são de fácil compreensão, como utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. Ele é pertinente apenas aos atos praticados no exercício de competência discricionária, ou seja, não constitui um fator essencial ou autônomo do ato administrativo, pois surge apenas quando há a conexão entre o motivo e o objeto. Na prática de ato vinculado, a Administração já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal, quer dizer, o legislador já optou por uma solução que considerou ser a única para melhor atender ao interesse público (FAGUNDES, s/d).

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 38).

Quanto aos aspectos da oportunidade e conveniência do mérito administrativo, estes envolvem interesses e não direitos, e ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato contrarie, mas apenas os direitos (individuais, coletivos), acaso feridos pelo ato. Portanto, sendo o mérito de atribuição exclusiva do Poder Executivo, se nele penetrar o Poder Judiciário, estaria violando o princípio da separação e independência dos poderes ao fazer a

³² Sob uma perspectiva filosófica e hermenêutica dos termos indeterminados, Ohlweiler (2000) propõe um controle jurisdicional dialético e que ré-signifique o dogmatismo jurídico. Segundo o autor: “Uma abordagem sob o ponto de vista da linguagem, com efeito, é útil para detectar alguns dos intentos do dogmatismo, como a utilização de uma construção de essências dos institutos jurídicos e que, uma vez sistematizados, passam a dominar as práticas discursivas dos operadores. A doutrina dos signos jurídico-administrativos deve ser vista não como um algo dado, mas como algo a construir, mostrando-se urgente uma redefinição dos espaços simbólicos do Direito, e não a sua supressão. Não se pode desconsiderar o papel panóptico assumido pela dogmática jurídica, resultando na construção de um saber alicerçado em bases previamente controladas. Os termos indeterminados, como necessariamente inseridos na linguagem do ser, não podem estar estruturados em verdades apofânticas, quer dizer, significados por uma realidade que se apresenta como definitiva, sendo importante o dar-se-conta do operador jurídico e a ré-significação da dogmática jurídica, não se olvidando que o significado das normas jurídicas é plurívoco, fruto de um processo de criação, e não de descobertas.” (Ohlweiler, 2000, p. 145).

função do administrador por critérios políticos falsamente revestidos de jurídicos e sem os meios técnicos necessários (FAGUNDES, 2010).

A respeito dos conceitos indeterminados, aqueles apresentados de forma vaga pelo legislador, a exemplo de “urgente”, “relevante”, “ordem pública” etc., importa esclarecer que eles possuem certa densidade (conteúdo) mínima, por serem conceitos que detém algum significado, ainda que fluidos ou imprecisos. Destarte, não poderá a Administração, ao interpretar e aplicar a norma, atribuir significado ao conceito dissonante ao que deveria ser atribuído, considerando critérios de tempo, lugar e das práticas sociais. Se em determinada situação fática a Administração atribuir um sentido ao conceito indeterminado em conformidade com a finalidade da norma e dentro da sua “moldura” (campo significativo), não poderá se dizer que transgrediu a lei e, assim, não cabe revisão judicial pela ausência de violação de direito. Não pode o Judiciário substituir o juízo administrativo por compreender que outra inteligência, ainda que perfeitamente cabível, seria a melhor para aquele caso concreto, pois aí estaria fazendo um juízo subjetivo e não jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

De acordo com Meirelles (2002), a margem de liberdade do mérito pode residir na valoração dos motivos ou na escolha do objeto do ato discricionário, e por serem elementos de livre escolha do administrador, não caberia ao Poder Judiciário rever tais atos pela ausência de padrões de legalidade para auferi-los. O objeto é o próprio conteúdo material do ato, ou seja, a criação ou modificação de uma situação jurídica que o ato provoca. Já o motivo³³, é a causa imediata do ato administrativo, a situação (pressuposto) de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato.

Ao analisar a extensão da discricionariedade, afirma Bandeira de Mello (2008), que se a atividade administrativa é o desempenho de uma função, ou seja, o cumprimento obrigatório de um dever (e não poder) de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida através do manejo de poderes exercíveis no interesse de outrem (a coletividade), e sendo certo que a lei sempre impõe o dever de buscar a melhor medida que atenda à finalidade, conclui-se que a liberdade administrativa, quando conferida por uma norma de direito, não significa o poder de opções livres - como no direito privado que se baseia na autonomia da vontade -,

³³ Importante não confundir motivo com motivação. A motivação é a declaração escrita do motivo que determinou a prática do ato, sendo obrigatória nos atos vinculados. Diz ela respeito à forma do ato administrativo e nos casos em que para sua validade o ato deve ser motivado, a ausência de motivação importa em vício de forma. No âmbito da administração federal, o art. 50 da Lei nº 9.784/1999 dispõe sobre a motivação dos atos administrativos. Bandeira de Mello (2008) também distingue motivo de móvel: motivo é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato, enquanto que o móvel do agente é a intenção, diz respeito à esfera subjetiva, da intimidade psicológica do sujeito que atua.

mas o dever jurídico funcional (questão de legalidade e não de mérito), perante o caso concreto, de atingir com exatidão a satisfação do interesse coletivo, tal como firmado na regra aplicada. Desta forma, para o autor, se o administrador praticar ato impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, deverá o Judiciário prestar a adequada revisão jurisdicional, pois a Administração terá desbordado da sua esfera discricionária.

No mesmo viés, afirmam Ribas e Castro (2015), ser possível a análise, pelo Poder Judiciário, dos atos discricionários não apenas sob o aspecto da legalidade, como também do direito, de modo a coibir a prática de atos administrativos contrários à lei ou aos princípios constitucionais e ao interesse público, considerando o processo de constitucionalização do Direito Administrativo e da jurisdição que ampliou as possibilidades de controle pelos juízes.

O caráter principiológico da Constituição de 1988, inserida no Estado Democrático de Direito, gerou não apenas a ampliação do Poder Judiciário sob uma perspectiva de juridicidade dilatada e aberta, mas também a redução da discricionariedade conferida à Administração Pública, posto que ela passou a ter como dever a observância não só à lei em sentido estrito, como também à Constituição e ao Direito de uma forma mais ampla (RIBAS; CASTRO, 2015).

Todavia, dizer que houve uma redução da discricionariedade conferida ao administrador público em virtude dos princípios constitucionais e da ampliação do Poder Judiciário não autoriza que os juízes profiram decisões arbitrárias, fundamentadas em argumentos subjetivos, moralista e políticos, conforme a consciência que cada um tem sobre o que seja justo ou injusto, especialmente pela descaracterização dos princípios constitucionais, aplicados como “tampões” às decisões, sem qualquer exercício de racionalidade jurídica.

Assim sendo, os atos administrativos discricionários podem ser controlados pelo Poder Judiciário, desde que esse controle atenha-se aos aspectos legais e de juridicidade, baseados em critérios objetivos e por meio de uma aplicação racional das normas legais e constitucionais. Não pode o juiz, ainda que qualificado fosse, substituir a discricionariedade atribuída pelo Legislativo ao Executivo e ratificada pelo critério da representatividade popular, por sua discricionariedade, ou seja, decidir conforme sua consciência e sem o peso do mandato eletivo.

3.1.2 As questões políticas dos atos administrativos

Os atos administrativos, como ressaltado, independem da classificação doutrinária que se lhe atribuem, se vinculados ou discricionários. Eles possuem apenas uma sutil

distinção baseada na intensidade da vinculação à determinação normativa prévia. Significa dizer que todos os atos estarão sujeitos ao controle jurisdicional, mas o ato não pode ser encarado como um bloco único e indivisível. Ele deverá ser analisado pelo juiz em todas as suas facetas, razão pela qual, em determinados casos, não poderá adentrar o Judiciário no âmbito de discricionariedade da Administração Pública porque as questões dirão respeito apenas a assuntos políticos.³⁴

Appio (2008, p. 135) define o que sejam as questões políticas:

As questões políticas dizem respeito à prerrogativa de escolha dos meios através dos quais o governante eleito irá executar seu programa. A atividade administrativa é o instrumento de execução das políticas públicas, sociais e econômicas, sendo que as primeiras consistem em intervenções estatais que a Administração Pública realiza com o objetivo de assegurar a universalidade de acesso aos serviços sociais básicos, como saúde, segurança pública e educação.

Ao discutir sobre o controle judicial da discricionariedade política, Appio (2008) distingue atos administrativos e atos políticos. Os primeiros operariam com base em critérios de justiça comutativa e representariam o instrumental técnico necessário à execução do projeto de governo. Já os atos políticos, atuariam a partir de critérios de justiça distributiva, consistentes em atividade de governo para observância ao projeto de governo. Estes não permitiriam revisão judicial, somente nos casos em que a decisão política do governante afronta diretamente preceito constitucional.

Nesse sentido, para Appio (2008), o juiz não estará negando jurisdição e violando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da CF) ao não revisar os atos políticos, pois tal princípio não possui capacidade para dilatação de molde a sindicarem os atos políticos praticados pelos demais poderes. De acordo com o autor, essa compreensão está amparada no próprio sistema representativo, que se assenta na necessidade de obtenção de um consenso mínimo em torno da legitimidade dos atos políticos, os quais não podem ser substituídos pelos juízes, notadamente com o objetivo de implementar políticas públicas a partir de deveres genéricos estabelecidos na Constituição.

Fagundes (2010), também apresenta uma distinção entre atos administrativos e políticos. Estabelece o autor três gradações de atos, quais sejam: o ato administrativo como gênero, o ato político como espécie, e o ato exclusivamente político como subespécie. O que diferenciaria o ato administrativo não-político daquele essencialmente político seria a

³⁴ A respeito das questões políticas, interessante a distinção que Dworkin (2015) faz entre princípios e políticas ou diretrizes. Os princípios seriam proposições que descrevem direitos, ao passo que as políticas descrevem objetivos. Desse modo, os argumentos de princípios, em geral, se predispõem à defesa de direitos do indivíduo, e os argumentos de políticas se predispõem à defesa de interesses da coletividade.

finalidade, ou seja, o ato administrativo será político se a finalidade for política. Mas o próprio autor afirma ser este um critério muito precário de distinção. Já a distinção do ato estritamente político teria por base além da finalidade, também o conteúdo, isto é, os limites da sua repercussão jurídica. O ato estritamente político há de conter medida e fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal.

Para Fagundes (2010), o ato exclusivamente político não afeta, de imediato, direitos subjetivos, mas poderá implicar em outros atos com repercussão sobre esses direitos. Assim, quando os atos consequentes do ato político afetarem direitos subjetivos, o Judiciário poderá ser provocado para se pronunciar, e acabará por, indiretamente, ser levado ao exame do ato político, sem, contudo, apreciá-lo de modo integral. Deverá cingir-se à análise da competência pela conexão entre os dois atos (puramente político e não político).

Discorda dessa distinção Freitas (2009), segundo o qual não se deve aceitar ato administrativo exclusivamente político, pois todos os atos da Administração Pública devem guardar sintonia com as diretrizes eminentes do Direito Administrativo, em especial aquelas previstas nos artigos 3º, 37 e 70 da Constituição Federal.

Freitas (2009) refuta diretamente o posicionamento de Fagundes (2010), acima exposto, sobre as três graduações dos atos – administrativo como gênero, político como espécie e exclusivamente político como subespécie – alegando que Fagundes, ao final das contas, apenas confirma que todos os atos da Administração são juridicamente controláveis, pois até mesmo na subespécie de ato exclusivamente político, é possível que o Poder Judiciário seja chamado a se manifestar quando direitos são violados por atos decorrentes do suposto ato exclusivamente político.

O posicionamento de Freitas parece mais acertado. Portanto, a questão do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, do que pode ou não ser controlado passa pela compreensão de que tais classificações que buscam estabelecer conceitos fechados do que seja jurídico ou exclusivamente político são totalmente insuficientes, da mesma forma que tentar eliminar o caráter político do Poder (o termo já é evidente) Judiciário é um equívoco.

O ato administrativo possui dimensões interpretativas, de modo que o julgador precisa seguir uma linha lógica de interpretação de todos os aspectos que o compõe e nesse caminho interpretativo poderá chegar a determinada questão política que não possui competência para interferir, pois o mérito administrativo do agente político está em

consonância com a lei e as normas constitucionais, não obstante ele discorde do projeto político do governante.

Por conseguinte, não é o ato administrativo, por si só, que não está submetido ao controle jurisdicional, mas aquela margem de liberdade política, atribuída pelo legislador e motivadamente empregada pelo administrador, em conformidade com a ordem jurídica, que não é objeto de controle pelo Poder Judiciário.

A observância aos princípios fundamentais do Direito Administrativo, especialmente o de boa administração, deverá sempre guiar aquele que exerce uma função administrativa, função esta subordinada à lei. Mas os deméritos sempre estarão sujeitos ao controle, não apenas do Judiciário, mas dos demais órgãos que possuem essa prerrogativa de fiscalização preventiva ou repressiva, como o Legislativo, o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Portanto, é fundamental a efetivação de um controle sistemático dos atos administrativos, nos limites legais e objetivos estabelecidos pela Constituição, não apenas pelo Poder Judiciário, mas pelo Legislativo e demais órgãos de controle interno e externo, bem como pela sociedade civil organizada. Ademais, a centralização do controle dos atos administrativos pelo Judiciário, colocado na posição de primeiro, ou mesmo único fiscalizador, em virtude do processo de judicialização da política, deve ser repensado, posto que a Administração Pública tem se tornado cada vez mais refém de decisões arbitrárias dos juízes, como se analisará na próxima seção.

3.1.3 Os vícios no exercício da discricionariedade

No tocante aos vícios no exercício da competência discricionária, Freitas (2009) ressalta que ainda reina uma precariedade exacerbada nas relações de administração, em virtude de resquícios do paradigma anterior do Direito Administrativo “governativo” e patrimonialista, tanto pelo extremismo da vinculação máxima que pode ser inimiga da boa administração, como pela discricionariedade inteiramente livre dos limites da lei e da Constituição.

Acrescenta o autor:

Enfrenta-se, nesse aprofundamento, a sofreguidão pantanosa da discricionariedade sem freios, avessa à virtuosa fidúcia. Nessa ordem de considerações, mister apontar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa. Ei-los: (a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, isto é, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em regra válida. Ou quando a atuação administrativa encontra-se, por algum motivo, desdestinada

(desvio abusivo das finalidades constitucionais ou legais); e (b) o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância e insuficiência, inclusive ao faltar com os deveres de prevenção e precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – traduz-se como descumprimento das diligências impositivas (FREITAS, 2009, p. 371-372).

A discricionariedade, quer dizer, a margem de liberdade atribuída pela própria lei à Administração Pública, estará sempre presente, em menor ou maior grau. E os vícios do ato administrativo poderão se restringir a aspectos de mera legalidade ou poderão - em adição a estes ou exclusivamente -, ser vícios de juridicidade. Sob a denominação de vícios de juridicidade buscar-se-á inserir aqueles atinentes ao abuso da competência discricionária.

Que vícios seriam esses? Aqueles que extrapolam a liberdade albergada pelo mérito ou que ocorrem pelo desvirtuamento do significado comportável pelos conceitos indeterminados.

Para Guerra (2008), o grande desafio acerca do controle judicial dos atos discricionários se encontra no fato de que a Administração Pública, a pretexto de escolher discricionariamente, comete abusos e desvios, adentrando na esfera do arbítrio.

Pondera o autor:

Se, de um lado, a atividade da Administração não pode conformar-se com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, uma Administração amplamente discricionária não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois se volta, em diversas situações, ao arbítrio despótico por meio de abuso ou desvio de poder (GUERRA, 2008, p. 71).

Com efeito, como ressaltou Freitas (2009), os vícios da discricionariedade podem ser pelo excesso de liberdade ou pela ausência do exercício da competência discricionária quando ela seria imprescindível para a consecução de uma finalidade imposta pela lei. Na primeira hipótese, a Administração ultrapassa os limites da lei e dos princípios constitucionais, ao agir movida por interesses pessoais ou, ainda que busque o interesse público, opta por solução sem amparo legal. Na segunda hipótese, o “não agir” vicioso ocorre quando há o objetivo deliberado de mascarar um favoritismo ou perseguição.³⁵

³⁵ Bandeira de Mello (2008, p. 76), cita o seguinte exemplo de desvio de poder por omissão, ocorrido em um Município de São Paulo: “Dado Prefeito firmou contrato de prestação de serviço com certa empresa. Nele se estipulou que o contrato se prorrogaria automaticamente por igual período se a Prefeitura, ao cabo do prazo contratual, deixasse de declará-lo findo. Vencido o prazo, o Prefeito – que à época já estava à beira da conclusão de seu mandato – omitiu-se em dar por encerrado o contrato, propiciando destarte sua prorrogação. Quinze dias depois, às vésperas de deixar o cargo, rescindiu o contrato sob mera alegação de conveniência administrativa, com o que ensejou a operatividade de cláusula contratual que previa indenização ao contratante por todo o período remanescente (28 meses) tornado frustrado em caso de rescisão unilateral. Em rigor, foram dois comportamentos administrativos (um omissivo e um comissivo) que geraram o benefício para o contratado.

De acordo com Bandeira de Mello (2008), haverá desvio de poder nos casos em que a autoridade evadir-se ao campo de liberdade que lhe assistia, de modo que o ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo. Para o autor, o que é conveniente e oportuno nunca fugirá ao escopo da lei, razão pela qual os critérios contaminados por intuítos pessoais, ou que correspondam a outra regra de competência distinta da exercitada, bem como nos casos de que exprimem medidas incoerentes, desarrazoadas, ou, ainda, que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos, devem ser consideradas violadoras do direito.

Averiguar a ocorrência de tais critérios viciosos no ato administrativo não é tarefa fácil para o julgador, e por vezes enseja decisões tão arbitrárias quanto os atos que se propôs a corrigir ou, equivocadamente, considera arbitrário um ato administrativo discricionário comportado pela norma, mas que na visão do juiz não teria atendido o interesse público, ocorrendo a substituição da discricionariedade da Administração Pública pela discricionariedade do Poder Judiciário.

Tais posturas invasivas ou de falta de deferência do Judiciário para com o Executivo em nada contribuem para a evolução das instituições nacionais e proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, para que os juízes possam direcionar uma análise eminentemente jurídica da discricionariedade, fundamental o estabelecimento de critérios objetivos que auxiliem o magistrado nessa tarefa interpretativa, de modo a garantir segurança jurídica e evitar o juízo substitutivo, como se apresentará em seguida.

Destaca Freitas (2009, p. 380):

Nesse sentido, aliás, o controle judicial haverá de ser o de “administrador negativo”, em analogia com o de “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade e dos atos normativos. Porque, se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deve agir, está obrigado a emitir juízo sobre como não deve ser sua conduta, não mais admitida a posição passiva e escapista de outros tempos.

Assim, como dito alhures, aos juízes cabe o controle jurídico – legal e de juridicidade – dos atos administrativos, controle este que não permite arbítrios judiciais. Streck (2016)

Manifestamente – como resultado da sequência dos fatos – não havia interesse na continuidade do vínculo contratual. O segundo ato, a rescisão unilateral, era necessário para benefício do contratante e valeu como demonstração de que o comportamento anterior (a omissão em dar por extinto o contrato) é que ocorrera em desacordo com o interesse público. A extinção do contrato já era conveniente ao termo do vínculo precedente. Esta conjugação de uma omissão e de um ato, compondo um quadro de favoritismo, não prosperou, porque o Tribunal de Justiça do Estado, em acórdão proferido pela Nona Câmara na Apelação Cível nº 111/645-2, sendo relator o desembargador Jorge Celidonio, denegou a indenização postulada pelo contratado, fundando-se na teria do desvio de poder.”

alerta que o Direito tem sofrido ataques de predadores exógenos e internos. Os predadores exógenos são a moral (apreciações morais, moralismos etc.), a política e a economia.³⁶ Já os predadores internos, são o poder discricionário dos juízes, o livre convencimento,³⁷ a livre apreciação da prova, os diversos modos de enfraquecimento da coisa julgada, o uso precário da jurisdição constitucional e o modo como os juristas preocupam-se mais com efetividades quantitativas em vez de qualitativas.

Considerando tais riscos externos e internos ao Direito, salutar o estabelecimento de critérios ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

3.1.4 Critérios para um controle jurisdicional prudente e não invasivo

A proposta para um controle jurisdicional não-invasivo é o estabelecimento de parâmetros para direcionar a atuação do juiz, quando provocado a se manifestar sobre a adequação jurídica do exercício de competência discricionária da Administração Pública.

Nesse sentido, Medauar (2004, p. 68) consigna que:

O papel do Judiciário, ao controlar a discricionariedade, não será, jamais, o de anular o papel da Administração – vez que aniquilaria a própria “Separação dos Poderes” essencial para a efetivação da democracia: ele complementa a atividade do Poder Executivo, indicando o que está correto à luz dos princípios da Administração e dos princípios constitucionais, e invalidando aquilo que confronte a ordem constitucional almejada.

O controle jurisdicional deverá se pautar pela verificação dos seguintes critérios no ato administrativo: 1º) observância aos parâmetros puramente objetivos estabelecidos em regras legais e constitucionais, como forma, competência, limites quantitativos quando se tratar da aplicação de determinado percentual, existência de motivação e outros requisitos legais facilmente perceptíveis no caso concreto; 2º) verificação do atendimento aos princípios constitucionais do Direito Administrativo que possuem um maior nível de densidade interpretativa: moralidade, impessoalidade, eficiência, supremacia do interesse público, para

³⁶ Streck (2016) cita como exemplo de ataque moral e político ao Direito a decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da ação penal, em violação ao direito constitucional à presunção da inocência.

³⁷ Para Streck (2015), com o Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – o direito processual brasileiro vivenciou uma das principais rupturas com o protagonismo judicial ao excluir o livre convencimento de seu texto. Entre as grandes novidades, está a nova redação dada ao art. 131, atual art. 489, que estabeleceu critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial. “A expulsão do livre convencimento é um elemento de extrema relevância para demonstrar o significado desse segundo elemento chamado ‘fundamento’ da sentença. A fundamentação é condição para a decisão e não uma justificativa das premissas tomadas para a conclusão. Isso quer dizer que o juiz não decide para depois fundamentar. Absolutamente não. E, se o faz, está colocando a sua subjetividade acima do direito. Na verdade, a decisão deve ser o resultado da fundamentação e não o contrário.” (STRECK; NUNES e CUNHA, 2016)

citar os principais; e 3º) verificação do atendimento à finalidade esperada pela atuação estatal, conforme disposta em lei.

O objetivo do julgador no primeiro critério será analisar a adequação entre a norma legal e a norma concreta estabelecida por meio do ato, de modo a eliminar os vícios mais simples de competência, de forma, e outros que são facilmente perceptíveis.

Barcellos (2005a), a fim de construir uma dogmática consistente que viabilize o controle jurídico das políticas públicas, sugeriu o desenvolvimento de três temas considerados fundamentais para ela, quais sejam: 1) a identificação de parâmetros de controle; 2) a garantia de acesso à informação; e 3) a elaboração dos instrumentos de controle.

No primeiro tema, os parâmetros de controle seriam três: a) puramente objetivos, como aqueles relacionados à quantidade de recursos expressamente dispostos na Constituição (arts. 212, 198, §2º e 195³⁸); b) identificar se o resultado final esperado da atuação estatal foi atingido, ou seja, se as metas estabelecidas pela lei foram (ou estão sendo) perseguidas prioritariamente pelo poder público; c) definição das políticas públicas a serem implementadas, se o meio escolhido pela Administração for ineficiente.³⁹ Quanto aos outros temas, o acesso à informação seria fundamental para que o juiz tivesse precisão quanto aos recursos disponíveis, previsão e execução orçamentária; e sobre a elaboração de instrumentos de controle, ressalta a aplicação de penalidades (muitas já previstas em lei) e a limitação de repasses de recursos aos administradores que não estejam atuando de forma correta para atingimento das metas constitucionais (BARCELLOS, 2005a).

O segundo critério de verificação decorre da vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionais, seja no exercício de competência vinculada ou de competência discricionária, do contrário estar-se-ia diante de atos arbitrários.

³⁸ Art. 212, CF/88: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”;

Art. 198, §2º, CF/88: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

Art. 195, CF/88: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]”

³⁹ Quanto a este último ponto, discorda-se da autora, por compreender que não compete ao Poder Judiciário implementar políticas públicas, conforme já analisado no item 3, do Capítulo 2.

De acordo com Borges (1993), a Constituição de 1988 enunciou expressamente os princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37), todavia, outros princípios implícitos resultam das disposições constitucionais, além da legalidade, impessoalidade, moralidade ou publicidade. Dentre os princípios que podem ser extraídos do texto constitucional, podem-se citar: o da legitimidade, o da certeza e segurança do direito, o da lealdade e boa-fé nas relações com os administrados, assim como a obrigatoriedade da eficiência e da boa administração da coisa pública.⁴⁰

Porém, o juiz não deve exceder-se na interpretação principiológica para impor posições pessoais arbitrárias falsamente fundamentadas em princípios, especialmente pela carga abstrata, vaga e imprecisa que eles ofertam, como o da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

É necessário superar o modelo estrito das regras, mas sem cair no “panprincipiologismo” criticado por Streck (2015). De acordo com o autor, os princípios devem ser aplicados nas decisões seguindo uma coerência, quer dizer, em casos idênticos, os mesmos princípios devem ser considerados pelos juízes, garantindo igualdade aos jurisdicionados e integridade ao Direito pela construção coerente de argumentos, a fim de colocar freios a atitudes solipsistas-voluntaristas e ativistas. Isto é possível porque por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não poderá ele quebrar a integridade do Direito, para criar um novo sentido que lhe pareça mais adequado e justo, a partir de sua subjetividade.

Sobre a intervenção judicial de natureza principiológica, aduz Appio (2012, p. 121):

Contudo, a jurisdição principiológica não pode representar o esvaziamento das prerrogativas inerentes à Administração Pública, sob pena de substituição da vontade discricionária do administrador pela do juiz. Existe um espaço que deve ser preservado à revisão judicial pelo Poder Judiciário tendo em conta a capacidade técnica de atuação do Poder Executivo, bem como a representatividade popular.

Interessante também é a análise realizada por Barcellos (2005b) a respeito da ponderação, entendida como proveniente da Teoria da Argumentação proposta por Robert Alexy, nos casos em que há colisão entre normas.⁴¹ Segundo a autora, o intérprete deve percorrer três etapas ao utilizar a ponderação. A primeira delas é a identificação de todos os

⁴⁰ Tendo em vista que o artigo foi escrito antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência não é mencionado pela autora como princípio explícito da Administração Pública, mas sim como princípio implícito.

⁴¹ Aqui não há a pretensão de discorrer sobre a teoria argumentativa de Robert Alexy, bem como não se objetiva apresentar as contradições apresentadas por autores brasileiros, como Streck (2016), a respeito da forma como a ponderação (e a proporcionalidade) tem sido equivocadamente aplicadas pelos juristas pátrios. Busca-se apenas apresentar alternativas teóricas que propõem critérios objetivos de interpretação aos juízes, a fim de dar maior segurança jurídica e coerência às decisões, especialmente quando envolvem princípios e *hard cases*.

enunciados normativos (conteúdo do texto dos dispositivos ou a enunciação de princípios ou regras implícitas) aparentemente em conflito na situação e agrupá-los de acordo com as soluções possíveis. Na segunda etapa, o intérprete deve examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados, que podem atribuir maior ou menor peso a alguns grupos de enunciados; e/ou podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. A terceira etapa é o momento da decisão, considerando os enunciados e os fatos das etapas anteriores, para construir a solução para o conflito. De acordo com a autora, alguns cuidados metodológicos são importantes nesta última etapa: o comprometimento do intérprete com a capacidade de universalização dos argumentos empregados tanto para a comunidade em geral como a decisão em si para situações equivalentes; deve-se escolher a solução que impõe menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos em discussão; se a disputa envolver direitos fundamentais, a decisão não pode ultrapassar o núcleo (conteúdo essencial do direito) de nenhum deles.

Ainda para Barcellos (2005b), a ordenação da técnica da ponderação possibilita a redução do subjetivismo e permite ao aplicador estar mais consciente do seu papel e também facilita o processo de argumentação e decisão do intérprete. Ademais, a ordenação da técnica nos moldes por ela propostos demonstra a vinculação das diferentes pretensões e interesses em jogo a enunciados normativos; justifica a relevância atribuída aos fatos; emprega exclusivamente argumentos que possam transitar livremente no espaço público; preserva a integridade dos enunciados em conflito; fundamenta a possibilidade de universalização da decisão.

O terceiro critério, consistente na verificação do atingimento da finalidade do ato, de certa forma já está abarcado pela análise de adequação aos princípios constitucionais, mas é importante ressaltá-lo porque o Poder Judiciário deve analisar a existência ou não do vício de desvio de finalidade por meio de uma interpretação eminentemente legal. Como visto, o requisito da finalidade é considerado vinculado, ou seja, diz respeito à legalidade.

Um exemplo de finalidade a ser perseguida pela Administração Pública está descrita no art. 208 da Constituição Federal:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

São metas que devem ser buscadas com prioridade pela Administração, mas que possibilitam discricionariedade para a definição e implementação de políticas públicas. O Poder Judiciário poderá intervir apenas se comprovado no caso concreto que o Executivo não está adotando as providências necessárias para o cumprimento dessas metas constitucionais, seja pela completa omissão com fins de favoritismo ou perseguição, ou pela ultrapassagem dos limites legais.

Além desses parâmetros direcionados à análise do ato, o juiz também deverá cumprir seu dever constitucional (art. 93, IX⁴²) e legal (art. 489, §1º, do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015⁴³) de fundamentar as suas decisões. O novo Código de Processo Civil trouxe vários avanços que prometem otimizar o processo civil brasileiro, especialmente no que diz respeito aos elementos essenciais da sentença, que é um ato de poder em nome do Estado. De tal modo, o juiz tem uma responsabilidade política consistente em decidir, baseada no dever de fundamentar a decisão e levando a sério o direito e os argumentos que são apresentados pelas partes, além das peculiaridades de cada caso.

Pertinentes são os limites apresentados por Wolfe (1994), para uma *judicial review* moderada: limites inerentes ao Poder Judiciário; a deferência legislativa; e a doutrina das questões políticas. Explica o autor que o papel dos juízes não seria determinar o que é melhor para o país, ou qual regra seria melhor para a nação e os cidadãos, se uma norma é justa ou injusta. O dever dos juízes, na *judicial review*, seria apenas verificar se a lei é constitucional

⁴² Art. 93, IX, da Constituição de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁴³ Assim dispõe o §1º do art. 489 do CPC/2015: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

ou não. Defende o autor que nos casos em que há dúvidas (que persistem mesmo após esforço interpretativo para compatibilizar à Lei Superior) quanto à interpretação da Constituição, os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo, para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade ou não da lei. Por fim, a revisão judicial não deveria ser aplicada para rever questões políticas, aquelas que são privativas dos outros poderes.

Importa ressaltar, ainda, que o controle dos atos administrativos não pode ser entregue, tão-somente, ao Poder Judiciário, principalmente de maneira repressiva. Como ressalta Freitas (2008), deve existir um controle sistemático dos atos administrativos (internos, externos, sociais e jurisdicionais), sem substituir o agente administrativo para avaliar a ocorrência ou não de algum abuso de poder.

Borges (1993, p. 50) ressalta que “uma das mais profundas reviravoltas da Carta Magna reside, sem dúvida, na criação de novos e mais eficientes controles institucionais dos atos da Administração Pública.” Tais controles podem ser empreendidos pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelo Poder Legislativo e também pelo Poder Judiciário. Ademais, não se poderia deixar de mencionar o controle participativo da sociedade, que possui não apenas o direito de obter uma boa administração, mas o dever de fiscalizar suas instituições e representantes políticos.

A posição clássica segundo a qual o mérito administrativo é intocável à análise jurisdicional tem sido abandonada, firmando-se o entendimento de que é imprescindível coibir abusos de poder ou eventuais negativas ao texto constitucional por parte da Administração Pública. Contudo, o controle jurisdicional não pode exceder ao ponto de substituir o papel do administrador. Por conseguinte, o Poder Judiciário poderá analisar os atos discricionários para de verificar se apresentam alguma ilegalidade, abuso de poder, incoerência constitucional, a fim de garantir princípios e direitos fundamentais (RIBAS; CASTRO, 2015).

Analizadas as possibilidades de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, é possível inferir, pela observação da prática jurídica,⁴⁴ que há falhas na atuação do Poder Judiciário ao decidir sobre questões que envolvam essa competência da Administração Pública.

⁴⁴ Esta afirmação será confirmada no terceiro capítulo, a partir da análise de decisões de juízes federais no Maranhão e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Contudo, outro indício da existência de falhas no modo como os juízes vêm decidindo são as constantes alterações legislativas que buscam limitar o poder dos juízes, como o novo Código de Processo Civil que estabeleceu um roteiro interpretativo mais acurado ao juiz para elaboração das sentenças e também as discussões sobre abuso de autoridade que atualmente estão em discussão no Congresso Nacional.

Não é uma tarefa fácil ao julgador que, pela própria imposição constitucional, tem a incumbência de agir quando acionado, em virtude da confiança nele depositada por toda a sociedade, que o considera um espaço neutro e capacitado pelo monopólio jurídico que exerce ao solucionar os conflitos sociais. E é este poder outorgado ao Judiciário, colocando-o no ápice das instituições democráticas que tem levado a uma atuação equivocada, no sentido de transpor os limites constitucionais, de desequilíbrio com o Legislativo e o Executivo, e de insegurança e imprevisão do que será decidido.

O Direito não pode ser aquilo que os juízes querem que seja, baseado no paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve justamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e à admissão do poder discricionário dos juízes (STRECK, 2015).

A ampliação desse espaço de atuação do Poder Judiciário, por conseguinte, tem limitado o espaço de atuação dos outros dois poderes e também retirado a capacidade de mobilização social, ou seja, o debate político entre representantes e representados cede lugar ao ambiente asséptico do fórum ou tribunal.

As implicações da ocupação desse espaço político pelo Poder Judiciário é o tema a ser explorado na próxima seção.

3.2 A Limitação do Espaço de Atuação da Administração Pública pelo Poder Judiciário

No Brasil, assim como em outros países da América Latina, o protagonismo judicial pode ser percebido com a ruptura aos regimes ditatoriais e consequente processo de redemocratização, em que este passou a incluir como elemento fundamental da democracia o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, bem como incluiu nos textos constitucionais promessas de inclusão social e redução da desigualdade.

A sensação de desconforto e insatisfação pelas promessas constitucionais não cumpridas tem ocasionado o distanciamento entre a sociedade e os demais poderes e produzido um apelo à jurisdição. Esta centralidade atribuída ao âmbito jurisdicional acaba gerando fissuras à democracia, criando um imaginário segundo o qual apenas o Judiciário tem competência para decidir as questões fulcrais da sociedade (TASSINARI, 2013).

Além disso, o reforço do papel da jurisdição permitiu também o aumento da discricionariedade dos juízes e a defesa de uma postura mais ativista. Enquanto a judicialização da política é um fenômeno contingente, uma constatação da realidade pelas transformações sociais ocorridas em todo o mundo, o ativismo judicial está relacionado a uma

postura de juízes e tribunais que não é indispensável, ou melhor, deve ser criticada para evitar que o Judiciário assuma as funções de governo.

A postura ativista tem levado os juízes a utilizar cada vez mais argumentos políticos e morais em suas decisões. O dever político de decidir, isto é, a responsabilidade atribuída pela Constituição para solucionar as controvérsias jurídicas, incluindo o controle de constitucionalidade, não pode ser confundido com o dever de decidir por meios jurídicos. Essa confusão pode trazer sérios prejuízos para a democracia e ordem constitucional, pois se o Poder Judiciário tem controlado de maneira ferrenha a atuação do Executivo e do Legislativo, o mesmo não é possível afirmar a respeito do controle sobre o Judiciário (*accountability*).⁴⁵

Ao analisar a “delegação de responsabilidades” que a sociedade civil incumbe ao poder público, e especialmente ao Poder Judiciário, para resolução de conflitos de cunho essencialmente políticos e privados, Moura (2015) afirma que a ampliação descontrolada das funções institucionais não capacita as instituições para a sua otimização, ao contrário, aumenta o seu espaço violento de atuação, uma violência simbólica baseada em um autoperder atribuído pelo direito de dizer o Direito, que nada tem de democrático. A incumbência atribuída ao Judiciário para solucionar os conflitos permite que ele tome violentamente os espaços de debate político, apropriando-se do próprio conflito e do direito das partes.

O Poder Judiciário passa a ser um espaço de reivindicações políticas, um espaço de exigibilidade de democracia, como se esta fosse algo material e apropriado e não um exercício contínuo de cultura política. Sob um discurso de igualdade (entre as partes) e legalidade, aparenta ser o único espaço legítimo onde se pode manter o que se pode chamar de “diálogo saudável” e criterioso sob o assunto em debate. Ao se tornar este palco de resolução de conflitos democráticos, o Poder Judiciário é visto como um local higienizado de toda conotação política e neutra por natureza, logo imagina-se uma arena legítima para decidir todo e qualquer conflito com rigor e sem assentamentos políticos (MOURA, 2015, p. 3).

Mas não apenas a sociedade civil está sendo sufocada pelo Poder Judiciário, o Legislativo e o Executivo também estão sendo estrangulados, pela intervenção abusiva daquele poder. “Tal expansão do Judiciário não é apenas sua legitimação como única

⁴⁵ Rolb Filho (2013) aponta que as formas de *accountability* judiciais encontram-se principalmente na esfera institucional, podendo ser diferenciadas da seguinte forma: (i) *accountability* judicial decisional, pela possibilidade de requerer informações ou justificativas dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões; (ii) *accountability* judicial comportamental, consistente no recebimento de informações sobre o comportamento dos magistrados (produtividade, integridade etc.), também sendo autorizada a atribuição de sanção; (iii) *accountability* judicial institucional, que diz respeito às informações e às justificativas sobre ações institucionais (administração, orçamento e relações com os outros poderes), assim como a sanção por processos institucionais inadequados; e (iv) *accountability* judicial legal, que significa o fornecimento de informações e justificativas sobre o cumprimento da lei, além de sanção no caso de sua violação.

instância decisória, mas também o enfraquecimento político dos outros poderes e da sociedade.” (MOURA, 2015, p. 216).

Para Maus (2000), a libido da sociedade foi deslocada do Executivo para o Judiciário, principalmente em razão da auto-representação que a Justiça faz como instância moral, mas que não corresponde às expectativas sociais. Ressalta que em muitas decisões do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, principalmente relacionadas à economia, são feitos sopesamentos de valores que não encontram apoio no texto constitucional, ficando este em segundo plano. Além disso, mesmo quando a Justiça decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, ela pratica a desqualificação da base social e a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades, resultando em coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral.

Com efeito, se não há dúvidas quanto à limitação do espaço de atuação da Administração Pública – braço do Estado que está sendo contraposto ao Judiciário no presente estudo – importa explorar quais as possíveis implicações dessa restrição. Os prejuízos podem ser analisados em três dimensões: (i) implicações para a Administração Pública; (ii) implicações para a sociedade civil; e (iii) implicações para o próprio Poder Judiciário.

Quanto à primeira dimensão, inicialmente, cabe citar a seguinte afirmação de Rodriguez (2015, p. 17) ao investigar a forma como as cortes decidem: “A transformação do direito e das instituições em geral passa, necessariamente, pela transformação do papel do Judiciário e da atuação dos juízes.” Não há dúvidas quanto ao acerto dessa proposição. O papel do Judiciário sofreu profunda mudança, e a sua metamorfose também alterou as estruturas do Legislativo e do Executivo.

A história política brasileira (e também mundial) já demonstrou que quando o poder é depositado ou apropriado, inteiramente ou em quase sua totalidade, por um dos braços do Estado (Executivo e Legislativo), há perdas democráticas. A transformação que se esperava do Judiciário era que ele alcançasse a mesma posição de importância e capacidade de ação que os outros dois poderes. Entretanto, os limites foram extrapolados e fala-se em uma nova transição para a denominada juristocracia (HIRSCHL, 2007).

Quando o Judiciário caminha em direção a uma “supremacia judicial”, consoante Avritzer (2016), ele coloca em risco o equilíbrio institucional entre os poderes. A Administração Pública perde o controle quanto à gestão de seus projetos de governo. Por exemplo, quando decisões judiciais estabelecem obrigações de fazer ao Executivo,

desconsiderando os custos dos direitos, a escassez dos recursos, entre outros fatores que fogem à capacidade jurídica de decisão.

No que tange aos prejuízos à sociedade civil, a intervenção do Judiciário alimenta o sentimento de acomodação e apatia política e cívica que, por sua vez, gera sérias implicações ao desenvolvimento social, na perspectiva apresentada por Sen (2010), de desenvolvimento como liberdade.

Segundo o autor, o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, e essa expansão é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento, ou seja, possui um “papel constitutivo” e um “papel instrumental”. O primeiro diz respeito às liberdades substantivas, que incluem capacidades elementares no enriquecimento da vida humana, como saber ler, ter participação política e liberdade de expressão. O segundo, instrumental, concerne ao modo como os diferentes tipos de oportunidades e intitamentos contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e para a promoção do desenvolvimento, como consequência. Além disso, no papel instrumental, a eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam uma inter-relação entre si, e se contribuem mutuamente (SEN, 2010)⁴⁶.

Para Sousa (2011, p. 99), “na problemática da redução da pobreza e promoção do desenvolvimento, a possibilidade (ou não) de participação, de liberdade de expressão e de atuação da oposição tem papel fundamental no processo de desenvolvimento.” Acrescenta que isso se deve pelo fato de que a participação é fundamental para a escolha e direcionamento de políticas públicas, assim como para a fiscalização da execução das mesmas, só sendo possível em regimes democráticos. Além disso, são os direitos civis e políticos que dão às pessoas a possibilidade de identificar suas necessidades essenciais e emergenciais, bem como de exigir a ação apropriada.

⁴⁶ Ainda segundo Sen (2010), as liberdades instrumentais podem ser: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência; e segurança protetora. As liberdades individuais referem-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar, a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, a liberdade de expressão e de imprensa, bem como o diálogo político, o direito de voto etc. As facilidades econômicas, por sua vez, são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca, e envolve a disponibilidade de financiamento e o seu acesso. Já as oportunidades sociais, como educação e saúde, são importantes para a condução da vida privada e para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. As garantias de transparência, a outro giro, referem-se às necessidades de sinceridade, de presunção básica de confiança, que as pessoas podem esperar e seu papel instrumental é inibir a corrupção, a irresponsabilidade financeira e as transações ilícitas. A segurança protetora, por fim, proporciona uma rede de segurança, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria ou mesmo à fome e à morte, por meio da fixação de benefícios (ex.: aos desempregados e indigentes), por exemplo.

Essa liberdade política, de participação no processo de tomada de decisão, é retirada gradualmente pelo Judiciário, que exerce um poder simbólico sobre os jurisdicionados, o poder de dizer o direito, como já alertava Bourdieu (2007). Os agentes que pertencem ao campo jurídico, especialmente os juízes, são dotados de competência social e técnica e lutam pelo monopólio do direito de interpretar o direito e consagrar a sua visão da verdade e da justiça, utilizando para isso, por exemplo, elementos linguísticos. Constrói-se, dessa forma, uma barreira, um controle para averiguar quem está apto ou não para atuar no campo jurídico.

O sujeito que não está inserido no campo jurídico, logo, é colocado à margem das discussões políticas que estão sendo apropriadas pelo Judiciário. Perde a sociedade e perde a democracia. Não se quer defender o retorno à ágora grega, pela própria impossibilidade demográfica para isso. Todavia, da sociedade civil está sendo retirada inclusive a voz de seus representantes eleitos, e os membros do poder que detém o dever de proteger os direitos e garantias fundamentais passam a ser os primeiros a atacá-los, contrariando a própria Constituição.

A tutela paternalista elimina o que ela afirma preservar, isto é, ela subtrai dos cidadãos a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de não-cidadania), facilmente manipulável por aqueles que se apresentam como os seus tutores e defensores, mas que creem, ainda que inconscientemente, serem superiores aos demais (ROSENFELD, 2003).

Ao analisar a jurisdição constitucional e parâmetros para a autocontenção judicial, Souza Neto e Sarmiento (2015) ressaltam a importância de se desenvolver o constitucionalismo fora das cortes judiciais, pois os tribunais não são espaços assépticos e imunes às ideologias e articulações políticas.

Em nosso cenário, povoado por instituições e procedimentos imperfeitos, a jurisdição constitucional desempenha um papel altamente relevante. Em geral, o Judiciário brasileiro vem, pelo menos ao longo da última década, desempenhando razoavelmente bem este papel. No entanto, a jurisdição constitucional não é e nem deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação. A Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes, e o seu sentido é produzido por meio de debates e interações que ocorrem nos mais diferentes campos em que se dá o exercício da cidadania. Essa possibilidade de interpretação constitucional fora dos tribunais é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 113).

Por fim, insta ressaltar que esse monopólio exercido pelo Judiciário é prejudicial a ele próprio, pois o coloca em uma posição de oráculo da qual será difícil retirá-lo. As expectativas quanto à sua neutralidade, capacidade técnica e eficiência são elevadas ao nível

mais alto de rigor. Todavia, essas expectativas são frustradas, não apenas pelas deficiências teóricas que os juízes possuem quanto à aplicação do direito, mas também em virtude de consequências práticas, como o aumento no número de demandas, a exigência de produtividade, que lhe retira o tempo necessário para se debruçar sobre as questões jurídicas, a fim de melhor fundamentar as decisões.

O Judiciário torna-se também escravo dos deveres administrativos (gestão processual), alvo da reprovação pública - especialmente quando os julgamentos são televisionados, como ocorre com o Supremo, por meio da TV Justiça - e tutor do Legislativo e do Executivo, os quais perdem a capacidade de atuação de *per si* e transferem as discussões de questões polêmicas para os juízes.

4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Estabelecidos os parâmetros teóricos do ativismo judicial para a implementação de políticas públicas, bem como definidos os limites para o controle jurisdicional aos atos administrativos discricionários, o presente capítulo visa, por meio da análise de decisões que versam sobre o direito fundamental à educação, verificar se a atuação do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade da Administração Pública pode ser caracterizada como ativismo judicial.

Para tanto, inicialmente será apresentada a controvérsia judicial, que envolve a própria definição de escola pública, analisando-se os argumentos da Defensoria Pública da União e da Administração Pública, por meio da Procuradoria Federal no Maranhão,⁴⁷ e decisões de concessão ou não de liminares e sentenças de juízes federais no Maranhão proferidas no biênio de 2015 e 2016, a fim de diagnosticar critérios de decidibilidade empregados pelos magistrados em suas fundamentações. Também será examinada a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema para averiguar se as decisões de primeira instância estão em sintonia com a jurisprudência do Tribunal da respectiva região e com a Corte Superior.

4.1 Metodologia empregada para escolha e análise das decisões do Poder Judiciário

Foram escolhidas decisões que versam sobre a possibilidade ou não de alunos egressos de escolas privadas ingressarem no ensino técnico de nível médio dos institutos federais e no ensino superior das universidades federais por meio de cotas destinadas a alunos de escolas públicas, nos termos da Lei nº 12.711/2012.

Como se verá esta é uma demanda comum na Justiça Federal, orientada para a inclusão de alunos que tenham cursado o ensino fundamental e/ou médio em escola privada caracterizada como comunitária, confessional ou filantrópica, assim como para aqueles que

⁴⁷ A Defensoria Pública da União foi escolhida, desconsiderando ações propostas por advogados particulares, para ressaltar o argumento da hipossuficiência dos alunos que almejam a inclusão no sistema de cotas, embora não tenham estudado o ensino médio e/ou fundamental integralmente em escola pública. Em relação às peças da Procuradoria Federal no Estado do Maranhão, foram selecionadas aquelas na qual o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão figura como parte nas ações ajuizadas pela Defensoria Pública da União que serviram de análise para a pesquisa em primeira instância nas varas e primeira e segunda instância nos juizados especiais, coletadas no biênio 2015-2016, das quais será investigada especialmente a fundamentação das decisões dos juízes.

tenham passado parte da vida estudantil em escola privada, incluindo aquelas em sentido estrito, e parte em escola pública.

Buscou-se analisar o conteúdo das decisões tanto de primeira instância (e 2ª instância nos Juizados Especiais Federais), quanto dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. Para analisar a fundamentação empregada pelos juízes federais, foram coletadas decisões de concessão ou não de medidas liminares e sentenças proferidas no biênio 2015-2016, em demandas individuais propostas pela Defensoria Pública da União, na Seção Judiciária do Estado do Maranhão, a fim de compreender a realidade local.⁴⁸

O período é considerado razoável para a aferição do entendimento atual firmado não apenas pela Justiça Federal no Maranhão em ações dessa natureza, mas também dos argumentos empregados pela Defensoria Pública da União e pela Administração Pública nos processos analisados, considerando a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça que se formou antes de 2015.⁴⁹ O biênio 2015-2016 também coincide com o período de duração do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da pesquisadora.

Identificaram-se onze decisões de pedidos de liminares, seis sentenças e um acórdão de Turma Recursal do Juizado Especial Federal. Destas, foi excluída uma sentença que apenas homologou um pedido de desistência da parte autora. Portanto, restaram onze decisões de liminares, cinco sentenças e um acórdão, os quais serão examinados na quinta seção deste capítulo.

Para a coleta de dados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a pesquisa jurisprudencial limitou-se aos acórdãos – excluindo-se as decisões monocráticas - publicadas no período compreendido entre 1º de setembro de 2012 a 31 de dezembro de 2016. O termo inicial foi definido levando-se em consideração o dia subsequente ao da entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012 – lei de cotas nas universidades -, que ocorreu em 30 de agosto de 2012, e o termo final levou em conta o prazo para elaboração e qualificação da dissertação.

⁴⁸ A pesquisa abrange a Seção Judiciária do Maranhão, excluindo-se as Subseções Judiciárias de Imperatriz, Caxias, Bacabal e Balsas.

⁴⁹ Os argumentos da Defensoria Pública da União e da Administração Pública, por meio da Procuradoria Federal no Maranhão foram apreendidos pela análise das iniciais, contestações e réplicas constantes nos processos coletados no biênio 2015-2016: ação ordinária nº 256-08.2015.4.01.3700; ação ordinária nº 343-61.2015.4.01.3700; mandado de segurança nº 3654-60.2015.4.01.3700; ação ordinária nº 0007558-88.2015.4.01.3700; ação ordinária nº 0001232-49.2014.4.01.3700 (habilitação da DPU nas contrarrazões em janeiro de 2015); ação ordinária nº 0001745-46.2016.4.01.3700; ação ordinária nº 0006800-75.2016.4.01.3700; mandado de segurança nº 1000049-55.2016.4.01.3700; mandado de segurança nº 1000058-17.2016.4.01.3700; ação ordinária nº 0001859-82.2016.4.01.3700; mandado de segurança nº 1000177.75.2016.4.01.3700; ação ordinária nº 0017824-43.2016.4.01.3700.

Como chave de pesquisa, foram utilizadas as seguintes palavras, separadas pela conjunção aditiva “e”: cotas, escola, pública, privada, ensino e superior. O sistema de busca de jurisprudência do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região identificou cinquenta e dois acórdãos. Destes acórdãos, foram excluídos dois embargos de declaração em sede de apelação cível (0020051-12.2010.4.01.3300/BA e 0002169-46.2011.4.01.3803/MG), pois não versaram sobre a controvérsia jurídica objeto de análise.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, também foram selecionados apenas acórdãos com a mesma chave de pesquisa utilizada no sistema de busca de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas sem limitação inicial de tempo. Essa busca resultou em oito acórdãos, de três ministros distintos.

De acordo com o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça há na Corte três áreas de especialização em razão da matéria, e a competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica. À Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que compreende a Primeira e a Segunda Turmas, cabe julgar e processar os feitos relativos ao direito público. Cada Turma é composta por cinco ministros, desse modo, para abranger o entendimento sobre o tema de, ao menos, cinco ministros distintos, foi realizada nova busca no sítio eletrônico da Corte Superior com as seguintes palavras, separadas pela conjunção aditiva “e”: autonomia, universidade e cotas. Foram encontrados sete novos acórdãos, de cinco ministros distintos e um acórdão de uma desembargadora convocada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Desses quinze acórdãos excluíram-se o agravo regimental no recurso especial nº 1.337.546/SE, pois considerou que o Tribunal de origem decidiu com base em fundamentação eminentemente constitucional, razão pela qual o recurso especial não servia à pretensão da recorrente, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, ou seja, não adentrou no tema da controvérsia que se analisa; e o agravo regimental no recurso especial nº 1.498.315-PB, pois versou apenas sobre a ausência de prequestionamento e da tercia do fato consumado. Ao todo, portanto, serão analisados treze acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁰

⁵⁰ Os acórdãos coletados do Superior Tribunal de Justiça foram os seguintes: recurso especial nº 1.132.476-PR; recurso especial nº 1.254.118-RS; recurso especial nº 1.254.042-RS; recurso especial no recurso especial nº 1.328.192-RS; agravo regimental nº 1.314.005-RS; agravo regimental no recurso especial nº 1.443.440-PB; agravo regimental no recurso especial nº 1.472.572-PB; recurso especial nº 1.540.146-MG; agravo regimental no recurso especial nº 1.548.318-RS; agravo regimental no recurso especial nº 1.521.053-PB; agravo interno no recurso especial nº 1.588.776-PB; agravo interno no recurso especial nº 1.592.226-PI; e recurso especial nº 1.611.470-PI.

Quanto à metodologia de apreciação das decisões, será empregada a análise de conteúdo, fazendo-se o recorte do texto e categorização a partir dos objetivos estabelecidos para interpretação e inferência dos dados.

Segundo Bardin (1979, p. 42), consiste a análise de conteúdo em um:

[...] conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens.

Procurou-se fazer uma leitura compreensiva do conjunto das decisões selecionadas, de forma exaustiva, a fim de atingir níveis mais profundos dos conteúdos expressos e implícitos. A partir da leitura, buscou-se: ter uma visão de conjunto; apreender as particularidades do conjunto das decisões; elaborar pressupostos que serviram de baliza para a análise e a interpretação do material; escolher formas de classificação inicial; determinar os conceitos teóricos que orientaram a análise.

Posteriormente, foi feita a exploração propriamente dita das decisões, identificando os núcleos de sentido obtidos com a classificação inicial, buscando dialogar entre as decisões e entre os núcleos de sentido e os pressupostos estabelecidos. Ao final, foi elaborada uma síntese interpretativa, com o escopo de responder à problemática da pesquisa e levando em conta os pressupostos teóricos estabelecidos no primeiro e no segundo capítulos.

Os objetivos estabelecidos para interpretação e inferência dos dados foram identificar argumentos políticos, morais e subjetivistas dos magistrados e verificar o direcionamento da atuação típica da Administração Pública, de modo que a decisão torna-se o próprio ato administrativo.

Para tanto, instituíram-se três critérios de análise das decisões: 1º) interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional sobre o tema; 2º) interpretação de princípios; e 3º) consideração de precedentes jurisprudenciais firmados em matéria análoga ou idêntica. A sistemática de apresentação dos dados, portanto, será baseada nos referidos critérios.

Importa ressaltar, por fim, que serão desconsiderados aspectos processuais como preliminares, prejudiciais, atendimento ou não dos requisitos legais para concessão de liminares, bem como outros pedidos que, apesar de estarem presentes nas peças processuais analisadas, não são úteis para os objetivos propostos pela pesquisa.

A investigação terá como foco, apenas, os argumentos que dizem respeito especificamente ao direito material, ou seja, à possibilidade ou não de alunos que tenham cursado integral ou parcialmente sua vida escolar em instituições de ensino privadas, possam

ou não ingressar nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio pelo sistema de cotas da Lei nº 12.711/2012.

4.2 Considerações sobre a controvérsia judicial: o direito à educação em debate

A educação é um dos principais direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, segundo a qual se trata de direito de todos e dever do Estado, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Ponto relevante para a compreensão da controvérsia judicial a ser analisada no presente capítulo diz respeito à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial de que gozam as universidades, bem como as instituições de pesquisa científica e tecnológica.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – regulamenta a norma constitucional e afirma a autonomia das universidades prevendo extenso rol, exemplificativo, de atribuições a essas instituições de ensino superior.

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

- I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;
- II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;
- III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;
- IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;
- V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;
- VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;
- VII - firmar contratos, acordos e convênios;
- VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;
- IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;
- X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

- I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;
- II - ampliação e diminuição de vagas;
- III - elaboração da programação dos cursos;

- IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;
- V - contratação e dispensa de professores;
- VI - planos de carreira docente.

Essas atribuições de autonomia universitária podem ser estendidas a instituições que comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo poder público.

Ademais, os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, criados pela Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008, também possuem autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar.⁵¹ Os Institutos Federais têm natureza jurídica de autarquias e são equiparados às universidades federais. São instituições de educação superior, básica e profissional, pluricurriculares e *multicampi*, especializados na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino, com base na conjugação de conhecimentos técnicos e tecnológicos com as suas práticas pedagógicas, conforme dispõe o art. 2º, *caput*, da referida lei.

Considerando que o ensino deve ser ministrado com base nos princípios constitucionais da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, bem como da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, e levando em conta que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, ações afirmativas têm sido difundidas, especialmente no que tange ao ingresso em universidades.

Nesse viés, em 2012 foi sancionada a Lei nº 12.711⁵², conhecida como Lei de Cotas, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Dispõe o artigo 1º da mencionada lei que as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Outrossim, prevê que no preenchimento dessas vagas, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*.

⁵¹ A Lei nº 11.892/2008 institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, vinculada ao Ministério da Educação. Além dos Institutos Federais, a referida lei prevê que a Universidade Tecnológica do Paraná – UTFPR, os Centros Federais de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET-RJ e de Minas Gerais – CEFET-MG, e o Colégio Pedro II, são detentores de autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar.

⁵² A Lei nº 12.711/2012 derivou do Projeto de Lei nº 73 de 1999, proposto pela Deputada Federal Nice Lobão do PFL/MA.

Estabelece, ainda, que em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. E em caso de não preenchimento das vagas segundo esses critérios, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Regras semelhantes são aplicadas aos institutos federais de ensino técnico de nível médio, com a distinção de que a exigência de frequência integral em escola pública é estabelecida para o ensino fundamental, conforme dispõem os artigos 4º e 5º da Lei nº 12.711/2012.

A Lei nº 12.711/2012 é regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012⁵³ segundo o qual somente poderão concorrer às vagas reservadas para os cursos de graduação, os estudantes que preencham os seguintes requisitos: a) tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou b) tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino. Além disso, afirma expressamente no parágrafo único do artigo 4º que não poderão concorrer às vagas de que trata o Decreto os estudantes que tenham, em algum momento, cursado em escolas particulares parte do ensino médio.

Para os cursos técnicos de nível médio, as regras também são semelhantes, com a distinção de que a integralidade exigida refere-se ao ensino fundamental e que os estudantes tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino.

A definição de instituições de ensino públicas e privadas está no art. 19 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Instituições públicas são aquelas criadas ou

⁵³ A Lei nº 12.711/2012 também é regulamentada pela Portaria Normativa nº 18/2012, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação, que estabelece os conceitos básicos para aplicação da lei, prevê as modalidades das reservas de vagas e as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento das vagas reservadas.

incorporadas, mantidas e administradas pelo poder público, ao passo que as instituições privadas são aquelas mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, podendo enquadrar-se em quatro categorias: particulares em sentido estrito, comunitárias, confessionais e filantrópicas.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são constituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

De tal modo, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.711/2012, com a previsão do requisito da integralidade de período cursado em escola pública ao aluno que pretende concorrer a uma das vagas reservadas nos editais de seleção das universidades ou dos institutos federais, visa evitar distorções no acesso ao ensino superior, vedando a admissão como beneficiário da norma àqueles alunos que não se submeteram à diferença qualitativa entre as escolas públicas e as escolas privadas.

Buscou o Poder Legislativo implementar política pública na área de educação, por meio do sistema de cotas para alunos de escolas públicas, baseando-se em definição legal, e estabelecendo critérios objetivos para o *discriminem*.

À Administração Pública, notadamente às universidades e demais instituições de ensino, considerando a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial garantida pela Constituição Federal, coube aplicar as regras em seus processos seletivos, inclusive com limitação do poder discricionário que elas possuíam antes da edição da Lei nº 12.711/2012.

Antes da Lei de Cotas, as universidades federais e institutos federais detinham maior liberdade para estabelecer os critérios objetivos de seleção em seus editais. A nova lei, no entanto, buscou uniformizar os requisitos de seleção, mas não retirou a possibilidade das instituições complementarem seus editais, desde que não violem as normas legais.

Contudo, a nova Lei de Cotas tem gerado discussões a respeito da restrição concernente à obrigatoriedade do aluno ter cursado o ensino médio (ou fundamental) integralmente em escola pública, excluindo as escolas comunitárias, confessionais e

filantrópicas que, em regra, atendem a alunos de baixa renda. A definição de escola pública tem sido cada vez mais flexibilizada pelo Poder Judiciário, por meio da aplicação de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade e imprimidos por uma visão social e proativa do Direito e das instituições do sistema de justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Desse modo, várias demandas têm sido judicializadas, com o objetivo de dar interpretação extensiva à norma, a fim de incluir no espectro de alcance da distinção afirmativa as referidas escolas privadas, a partir de critérios como a hipossuficiência dos alunos e a preponderância da vida estudantil em escola pública. No Maranhão, essas ações judiciais têm sido propostas pela Defensoria Pública da União, que atua junto à Justiça Federal e instâncias administrativas da União.⁵⁴

4.3 Argumentos da Defensoria Pública da União no Maranhão

A Defensoria Pública da União ressalta o direito à educação como um direito fundamental social assegurado a todas as pessoas, ao qual está obrigado o Estado brasileiro em colaboração com a sociedade, nos termos dos artigos 6º e 205 da Constituição Federal, bem como no artigo 2º da Lei nº 9.394/1996.

Afirma que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um, como está previsto no inciso V, do artigo 208 da Constituição de 1988, tendo sido repensado para incluir outros critérios além do meritório que prestigiava apenas a isonomia formal, considerando a realidade brasileira e o dever do Estado em reduzir as desigualdades sociais.

Desse modo, as ações afirmativas ou discriminações positivas surgiram para destacar a dimensão substancial do princípio da isonomia, para garantir igualdade de oportunidades por meio de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes de marginalização social. Tais ações seriam voltadas à inclusão dos hipossuficientes, influenciando as decisões governamentais.

Nesse viés, as normas relativas à aplicação do sistema de cotas, que é uma ação afirmativa, não poderiam ser interpretadas de maneira restritiva e caberia à Administração Pública praticar seus atos com base nos princípios constitucionais, utilizando-se da discricionariedade administrativa, ainda que a lei disponha de maneira diversa.

⁵⁴ A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve as normas gerais para a organização nos Estados.

Defende a instituição a mitigação da autonomia universitária pelo Judiciário, pois considera que a referida autonomia não é absoluta, devendo observar a razoabilidade e a proporcionalidade, princípios que não estão adstritos a formalismos rígidos. A interpretação legalista de determinadas normas, como os editais, sem a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade desconsideraria direitos fundamentais e princípios consagrados na Constituição, bem como na Lei Federal nº 9.784/1999, conforme dispõe o artigo 2º, *caput*, e inciso VI do parágrafo único, os quais devem orientar a atuação da Administração Pública:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

A Administração tem o dever de atender ao interesse público com eficiência, buscando a adequação entre os meios e fins, que somente ocorrerá se ela agir de maneira razoável e proporcional, especialmente quando a finalidade do ato administrativo é garantir o gozo de direitos fundamentais pela população, como a educação.

Além disso, a Defensoria Pública da União defende na peça inicial da ação ordinária nº 0001745-46.2016.4.1.3700 que: “o conceito de ‘escola pública’ deve ser interpretado de forma ampliativa, tendo em vista a necessidade de reduzir a vulnerabilidade social de segmentos que não têm condições financeiras de arcar com os custos inerentes à educação formal”.

Necessária, portanto, seria a equiparação das escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas às escolas públicas, equiparação esta que já existiria no artigo 213, *caput*, da Lei Maior, segundo o qual os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas. Para fins do sistema de cotas, as referidas escolas privadas deveriam ser abrangidas, pois estariam igualmente contempladas pela finalidade buscada pela norma.

Não seria razoável e nem proporcional excluir alunos hipossuficientes do acesso ao ensino superior, como cotistas, por terem estudado em escolas privadas com essa natureza, ou mesmo em escolas privadas em sentido estrito por meio de bolsa integral, ou ainda que sem bolsa integral, mas por curto período, desconsiderando as condições econômicas dos mesmos.

A baixa qualidade da escola pública não pode, segundo a Defensoria Pública da União, ser o único critério a ser considerado para a concessão de vagas pelas cotas, presumindo-se que todas as escolas privadas possuem alta qualidade de ensino, especialmente quando são destinadas a atender alunos de baixa renda em locais onde a omissão estatal é responsável pela manutenção da desigualdade. Além do critério principal da hipossuficiência do aluno, deve-se levar em conta se a escola recebe algum tipo de recurso público para manter-se, e ainda que seja mantida exclusivamente com recursos privados, qual é a sua finalidade, pois se comprovada finalidade assistencial e de utilidade pública, deve ser equiparada a escola pública.

Nas contrarrazões do processo nº 0001232149.2014.4.01.3700, assim aduz a Defensoria:

No caso do ingresso no Instituto Federal, percebe-se que quando é adotado um único critério de seleção para acesso aos níveis mais elevados de ensino, prestigia-se apenas a igualdade formal e a neutralidade da Administração Pública. Contudo, quando emerge a busca de se adequar o critério de seleção aos níveis mais elevados de ensino, inserindo discriminações positivas e considerando o histórico social e econômico do estudante, de modo a proporcionar uma igualdade de oportunidades para estudantes provenientes de sistemas de ensino gratuito e particular, cuja qualidade encontra-se desnivelada, implementa-se a isonomia material.

Portanto, a Defensoria Pública da União baseia-se principalmente da ideia de hipossuficiência do candidato para aplicar interpretação ampliada ao conceito de escola pública, a fim de incluir as escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, especialmente quando elas são conveniadas ao município ou ao estado.

Os argumentos da Defensoria Pública da União são amplamente aceitos pelos juízes federais e por grande parte dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região como se verá mais adiante.

Mas a instituição foi além no Maranhão, celebrando Termo de Compromisso de Conduta com o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão, assinado em 12 de maio de 2016, com o objetivo de fazer a equiparação entre as instituições de ensino comunitárias, confessionais e filantrópicas às escolas públicas, para fins de concorrência aos cursos de educação profissional técnica de nível médio na condição de discentes egressos de escolas públicas.

Pelo referido instrumento, o Instituto Federal do Maranhão comprometeu-se a realizar a equiparação nos editais a serem lançados após a assinatura do termo e a realizar chamada pública destinada a cadastrar permanentemente as instituições comunitárias, confessionais e filantrópicas para fins da equiparação, atendidos determinados critérios

objetivos, como o recebimento de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.⁵⁵

Assim, possível inferir que o Poder Judiciário não necessariamente deve ser a primeira e única via de resolução dos conflitos, podendo a Administração Pública ampliar suas medidas de inclusão social espontaneamente ou pela proposta de outras instituições do sistema de justiça.

Ademais, a ausência de instrumento semelhante nas universidades federais e demais institutos federais não autoriza afirmar o acerto das decisões que concedem a vaga ao candidato como cotista de escola pública, muito menos permite asseverar que estejam essas instituições de ensino atuando em desacordo com a Constituição, as leis infraconstitucionais e os princípios de Direito Administrativo.

4.4 Argumentos da Procuradoria Federal no Estado do Maranhão

A Procuradoria Federal sustenta que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão institui suas normas de regulamento de ingresso de discentes em seus cursos, pelo sistema de cotas, com base na Lei nº 9.394/1991, na Lei nº 12.711/2012, no Decreto nº 7.824/2012 e na Portaria Normativa do Ministério da Educação nº 18/2012 - os quais estabelecem as bases, definições e critérios para a implementação da política pública de ação afirmativa -, a fim de cumprir seu papel social, bem como atender aos princípios que regem a Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da vinculação ao edital, da impessoalidade e da moralidade.

É ressaltada a autonomia do instituto para a fixação das normas que tratam de ingresso de discentes, a qual se estende para a forma de implementação da política de cotas, desde que as regras sejam específicas, e estabeleçam claramente as situações ou indivíduos que serão beneficiados com a diferenciação, com base em informações que o legislador não poderia prever quando da elaboração das leis.

Além disso, as regras editalícias estão em conformidade com a base legal que rege a matéria, especialmente no que tange à diferenciação entre escolas públicas e privadas, e que enquadra como instituições privadas as particulares em sentido estrito, as comunitárias, as confessionais e as filantrópicas.

⁵⁵ Edital PROEN Chamada Pública nº 31, de 31 de agosto de 2016.

Para a Procuradoria Federal, estender o conceito de escola pública para incluir escolas sem fins lucrativos que oferecem ensino gratuito a alunos carentes, embora possa ser moralmente justificável, não pode ser considerado como um argumento jurídico válido. A interpretação ampliativa desse tipo de conceito não pode ser feita no âmbito do Poder Judiciário, especialmente em sede de mandados de segurança ou no âmbito de juizados especiais, que são procedimentos sumários, e pela consideração subjetiva do julgador, sem um processo amplo de debate com os poderes representativos e a sociedade, especialmente porque o juiz não detém o conhecimento necessário para a avaliação das consequências e implicações práticas, a longo prazo, das exceções que cria em suas decisões pontuais.

As exceções criadas pelos magistrados também atentam contra a segurança jurídica e colocam em risco a própria efetividade das ações afirmativas, ao relativizar, caso a caso, os critérios de discriminação positiva.

Caso o IFMA abra precedente para que os alunos que estudaram em escolas comunitárias possam concorrer nas cotas de alunos oriundos de escolas públicas na acepção legal, estará agindo ao arrepio da lei e desvirtuando, por completo, as hipóteses previstas pelo legislador ao instituir as Ações Afirmativas, dentre elas, minimizar as desigualdades de ensino entre as escolas privadas e públicas, vez que as últimas possuem educação deficitária e que, por isso, os alunos advindos dessas instituições dificilmente terão condições de competir com os egressos de instituições privadas.

Cumprir destacar que a discriminação em favor dos alunos oriundos da rede pública não se dá, exatamente, por conta da carência econômica do discente, e sim, pelo fato de ter ele cursado os ensinos médio e fundamental na rede pública.

Caso o aluno tenha estudado em escolas particulares, ainda que filantrópica, com bolsa de estudo integral, não se lhe aplica o direito de concorrer às vagas no IFMA pelo Sistema de Cotas/Ações Afirmativas (PETIÇÃO PF/MA/PGF/AGU/M-116/M990/ABLSR/2016).

Quanto ao princípio da legalidade, afirma-se a imperatividade da Administração Pública em obedecer à lei e aos seus comandos, devendo sempre pautar suas ações com base no permissivo legal, pois a legalidade possui viés distinto àquele aplicável ao particular, que poderá fazer tudo o que a lei não o proíbe. À Administração Pública compete fazer apenas o que a lei permite, logo, não seria crível admitir que exista lei em determinado sentido e que a atuação administrativa ocorra de forma diametralmente oposta.

A Administração lança mão de seu poder-dever de agir na forma da lei e executar o comando legal sempre que a situação fática se ajusta na previsão do ordenamento jurídico, e nos casos em que a própria lei possibilita a prática de mais de um ato para se alcançar a mesma finalidade, a Administração dispõe de certa liberdade para agir, a chamada discricionariedade administrativa.

Como desdobramento do princípio da legalidade, há o princípio da vinculação ao edital. O artigo 41 da Lei nº 8.666/1993 prevê que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Mas o edital não vincula apenas à Administração, estando o candidato também a ele vinculado. Quando o candidato inscreve-se em um processo seletivo regido por edital, assume a responsabilidade de atender a todos os requisitos que são estabelecidos no instrumento, de modo que buscar, via judicial, a alteração das regras do certame é desequilibrar a isonomia em relação aos demais candidatos que se submeterão às mesmas regras.

Portanto, para a Procuradoria Federal permitir que candidatos que não preencham os requisitos do edital tenham direito à vaga pelo sistema de cotas é uma nítida ofensa ao princípio da legalidade, assim como ao princípio da isonomia e da impessoalidade, pois pessoas em situação diferente não podem receber o mesmo tratamento e essa imposição do Judiciário retira da Administração Pública o seu dever de imparcialidade na defesa do interesse público para impedir discriminações e privilégios indevidos a alguns particulares no exercício da função administrativa.

As teses defendidas pela Administração Pública encontram maior ressonância no Superior Tribunal de Justiça, como se perceberá mais adiante, pois a Corte adota posicionamento restritivo à aplicação do sistema de cotas para alunos oriundos de escolas públicas.

4.5 A Postura dos Juízes Federais no Maranhão

A Justiça Federal, conforme dispõe a Constituição de 1988 nos artigos 106 e seguintes, é composta pelos Tribunais Regionais Federais e pelos juízes federais, sendo que cada Estado, bem como o Distrito Federal, constitui uma seção judiciária que tem por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Entre as competências dos juízes federais pode-se citar aquela concernente a processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Também importa citar a competência nos casos de mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais. E entre as competências dos Tribunais Regionais Federais, julgar, em grau de recurso, as causas

decididas pelos juízes federais e pelos estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Para a apreensão do entendimento majoritário dos juízes federais maranhenses sobre a controvérsia em debate, no biênio 2015-2016, foram analisadas onze decisões de concessão ou não de liminares, cinco sentenças e um acórdão da 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal.

Entre as decisões liminares, apenas uma indeferiu o pedido liminar, contudo, determinou a reserva de vaga em favor do autor. Realizado pedido de reconsideração, o juiz não só manteve o indeferimento do pedido liminar, como considerou que o autor não tinha direito à reserva da vaga, pois estudou quatro anos em escola particular não comunitária sem a comprovação de que recebeu bolsa integral, o que ocasionou a desistência da ação. Contudo, pelo raciocínio construído na sentença, percebeu-se que caso o aluno houvesse comprovado ter estudado mediante bolsa de estudos integral, a vaga teria sido concedida.

No acórdão da 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal, por sua vez, embora tenha sido negado provimento ao recurso inominado do Instituto Federal do Maranhão, aplicando a teoria do fato consumado visto que o aluno já havia concluído o curso, ressaltou o relator discordar da ampliação do conceito de escola pública a outras entidades com caráter gratuito.

As demais liminares e sentenças foram favoráveis à pretensão dos alunos que objetivavam ingressar pelo sistema de cotas no ensino técnico médio do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão, razão pela qual será exposto apenas o posicionamento majoritário identificado entre os juízes federais do Maranhão.

De maneira geral, tanto as decisões que concedem as liminares quanto as sentenças são pouco fundamentadas, limitando-se a citar ementas de acórdãos dos Tribunais Regionais Federais ou mesmo apenas o número dos processos, assim como a ressaltar a importância das ações afirmativas para a realização da igualdade material aos grupos historicamente discriminados.

A maioria delas desconsidera as disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que distingue instituições de ensino públicas e privadas, bem como a Lei nº 12.711/2012 que dispõe sobre as regras de ingresso nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e demais normas que a regulamentam, regras estas que são reproduzidas nos editais de seleção aplicados pelo Instituto Federal do Maranhão.

Argumentam os magistrados que a interpretação dos editais não pode se vincular aos limites literais das referidas leis, pois a intenção do legislador teria sido fomentar o acesso dos

grupos sociais em situação de vulnerabilidade social e hipossuficiência à educação técnica e superior, razão pela qual os alunos oriundos de escolas privadas que comprovem ser hipossuficientes, devem ser abrangidos pelo sistema de cotas como se alunos de escolas públicas fossem.

Os juízes afirmam em suas fundamentações que conceder a reserva de vaga para alunos oriundos de escolas públicas é uma forma de assegurar a isonomia substancial entre os candidatos e tal medida está em consonância com o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola disposto no inciso I, do artigo 206 da Constituição Federal. Desse modo, se a igualdade material consiste em tratar igualmente os iguais, não caberia a recusa de matrícula ao aluno hipossuficiente egresso de escola privada, pois ele estaria no mesmo nível do aluno oriundo de escola pública. As condições econômicas e sociais de ambos justificaria a equiparação para fins de ingresso no ensino técnico e superior.

Ressaltam a importância das políticas institucionais de inclusão social que visam mitigar as desigualdades e ampliar as oportunidades de acesso ao ensino aos estudantes considerados carentes. Sob o critério da hipossuficiência, por conseguinte, não haveria motivos para excluir os alunos de baixa renda oriundos de escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, bem como aqueles que estudaram em escolas privadas em sentido estrito por meio de bolsa integral de estudos.

Nesse viés, afastam a alegação da defesa de ofensa ao princípio da vinculação ao edital e ao princípio da isonomia. Os editais que estabelecem a distinção (legal) entre instituições públicas e privadas, criando critérios objetivos para seleção dos candidatos, são considerados verdadeiros atos ilegítimos e inconstitucionais, por supostamente criarem distinções e desnivelamentos entre alunos igualmente hipossuficientes e que teriam passado pelas mesmas dificuldades e discriminações socioeconômicas.

Assim aduz o juiz na decisão liminar do processo nº 0001745-46.2016.4.01.3700:

É que a política do sistema de cotas consiste em dar tratamento diferenciado a grupos historicamente discriminados ou que tenham dificuldade de acesso, de forma a assegurar, em última instância, a realização da igualdade material.

Assim, se a finalidade da norma é promover a igualdade real, permitindo que alunos advindos de classes sociais menos favorecidas e que não tiveram acesso a escolas de padrão elevado, possam ter acesso a ensino superior, não se mostra minimamente compatível com o princípio da razoabilidade excluir-se, de plano, o aluno advindo de escola pública, que cursou inicialmente em escola particular em bairro periférico da capital, que oferece ensino gratuito a alunos que não têm condições financeiras de arcar com os custos de uma escola particular.

Para os juízes, se a escola privada se caracteriza como uma instituição de ensino sem fins lucrativos e de assistência social, destinada a educar pessoas carentes, deve receber o

mesmo tratamento dispensado às escolas públicas, pois teriam sido elas criadas para suprir as deficiências de oferta do ensino público.

Verificou-se também, que o simples fato do autor residir em bairro da periferia, estar assistido pela Defensoria Pública, requerer o benefício da assistência judiciária gratuita e estar enquadrado em programa governamental de baixa renda são critérios que, ao comprovar sua hipossuficiência, autorizam a reserva de vaga pelo sistema de cotas. Tais critérios são ressaltados especialmente para a concessão das liminares.

Os magistrados também fazem menção expressa ao princípio da razoabilidade ou afirmam que a conduta da parte ré ao rejeitar a matrícula do estudante é medida desarrazoada que desconsidera sua situação econômica.

A decisão que concede a liminar, determinando a reserva da vaga e a efetuação da matrícula do estudante no curso pretendido, reflete diretamente nos rumos da sentença e de eventuais acórdãos às instâncias superiores, pois a depender do tempo de duração do processo – e a duração dos processos no Brasil não tem sido curta – ainda que os desembargadores e ministros, em grau de recurso, fossem contrários à reserva da vaga, seriam obrigados a aplicar a teoria do fato consumado, pela evidente desproporção em desconstituir relações que se constituíram como fatos, a exemplo da conclusão do curso.

A fundamentação das decisões dos juízes federais é construída por meio de argumentos de autoridade, pela citação das ementas de acórdãos do Tribunal Regional Federal, sem a necessária correlação entre os casos práticos e por meio de justiça opinativa, pois não se preocupam em estabelecer padrões de racionalidade jurídica, baseados na lei. As leis que regulamentam a questão são postas de lado para dar lugar às opiniões, às concepções subjetivas de justiça de cada juiz.

Rodriguez (2015) denomina esse espaço institucional em que as decisões não estão fundamentadas em um padrão de racionalidade e são tomadas sem fundamentação ou por uma falsa fundamentação para conferir aparência de racionalidade a decisões arbitrárias de “zona de autarquia”. Segundo o autor, a existência de zonas de autarquia no interior da ordem jurídica ajuda a evidenciar os setores e espaços em que o discurso jurídico de legitimação funciona como mero instrumento de dominação.

Uma argumentação jurídica que apele para argumentos racionais, ou seja, que possa ser referida como “justificação”, não pode seguir este padrão. Ela tem o dever de apresentar a si mesma como a melhor solução para o caso à luz do direito posto. Qualquer argumentação judicial racional terá sempre um aspecto instrumental – deve ser bem-sucedida em convencer seu interlocutor – e um aspecto não instrumental – qual seja, a pretensão de demonstrar que ela é a melhor solução para o caso à luz do direito posto (RODRIGUEZ, 2015, p. 72).

É bastante provável que as decisões de primeira instância que concedem as vagas em universidades e institutos federais aos alunos carentes de escolas privadas estejam cumprindo seu aspecto instrumental de convencer o interlocutor pela via social, pois ao lidar diretamente com as partes e estar mais próximos aos fatos que são narrados principalmente pelos autores, demonstram maior sensibilidade aos estudantes e deferem os pedidos liminares sem grandes questionamentos ou justificações jurídicas. Contudo, quanto ao aspecto instrumental, não é possível afirmar que as decisões buscam demonstrar que a solução adotada foi a mais correta em consonância com o direito posto. Fundamentar uma decisão no Brasil, especialmente em primeira instância, significa muitas vezes expor uma opinião pessoal, como se percebeu pela análise das decisões dos juízes federais no Maranhão.

Cumprido ressaltar, ainda, que o controle jurisdicional realizado pelos juízes federais não buscou analisar os critérios objetivos do ato, se houve abuso ou excesso de poder, desvio de finalidade, se as regras do edital estavam em consonância com as leis e com a Constituição, se o ato administrativo foi arbitrário, praticado com vontade única de favorecer a si próprio ou a terceiros.

Ao revés, as decisões judiciais substituíram o ato administrativo que negou a matrícula aos alunos, determinado a entrada deles nos cursos pretendidos, com reflexos para os quadros institucionais e oferta de vagas em editais futuros e substituiu a discricionariedade do legislador por meio da definição de novos critérios para a implementação das cotas para alunos de escolas públicas nas universidades federais e institutos federais.

Como apresentado no capítulo anterior, todos os atos administrativos são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, em decorrência de disposição constitucional do artigo 5º, XXXV que prevê o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Entretanto, há limites ao controle jurisdicional, que não pode substituir a discricionariedade administrativa (e legislativa), pela discricionariedade do juiz. Destaca Ommati (2004, p. 67) sobre o controle jurisdicional que: “O Judiciário não pode controlar o ato administrativo a ponto de substituir o juízo feito pelo administrador por um juízo que seja unicamente seu – vez que configuraria acintosa invasão à competência do Executivo.”

Os limites ao controle jurisdicional, na primeira instância da Justiça Federal no Maranhão, não estão claros e são pouco transparentes aos jurisdicionados, às demais instituições do sistema de justiça e à Administração Pública que fica sem critérios legais para desempenhar sua função administrativa com segurança não apenas dos processos seletivos

para ingresso no ensino superior ou técnico de nível médio, mas para a prática de qualquer outro ato que busque a efetivação de políticas públicas.

4.6 O posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Os Tribunais Regionais Federais estão divididos em cinco regiões, sendo a primeira região formada pelos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Roraima, Rondônia, Pará, Tocantins, Minas Gerais, Mato Grosso, Distrito Federal, Bahia, Piauí e Maranhão.⁵⁶

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consoante seu regimento interno, é composto por quatro Seções especializadas, além do Plenário, Corte Especial e Turmas. A Terceira Seção é composta pela Quinta e Sexta Turmas, e possui competência para processar e julgar os feitos relativos a ensino, entre outros temas relativos ao direito administrativo, civil e comercial. Portanto, os cinquenta acórdãos coletados para a pesquisa foram decididos por desembargadores federais e juízes federais convocados da Quinta e Sexta Turmas do Tribunal.

A respeito da controvérsia em análise, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos acórdãos analisados, encontra-se bastante dividido, uma vez que dos cinquenta acórdãos analisados, vinte e sete adotaram tese aderente à Administração Pública e vinte e três firmaram juízo favorável aos estudantes. Assim, em razão da apertada diferença, optou-se por apresentar as duas concepções adotadas pela Corte.

A partir da análise dos dados, verificou-se que os acórdãos mais antigos são mais adeptos aos argumentos da Administração Pública, ao passo que os acórdãos mais recentes tendem a acolher as alegações dos candidatos. Tal mudança de posicionamento foi verificada a partir de 2013 e os desembargadores passaram a considerar a preponderância da vida estudantil em escola privada.

Acredita-se que a mudança ocorreu em virtude das novas regras advindas com a Lei nº 12.711/2012, que exige do estudante, para fins de graduação, ter cursado integralmente apenas o ensino médio em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos. Antes na referida lei, as universidades exigiam dos alunos que eles comprovassem ter cursado todo o ensino médio e fundamental em escola pública, ou

⁵⁶ O Tribunal Regional Federal da 2ª Região é formado pelos Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro; O Tribunal Regional Federal da 3ª Região é composto pelos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo; o Tribunal Regional Federal da 4ª Região é formado pelos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina; e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região é composto pelos Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

pelos menos os últimos quatro anos do ensino fundamental em escola pública para ingressar nos cursos superiores por meio de cotas.

Todavia, apesar da entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012, os acórdãos que utilizam o argumento da preponderância da vida estudantil em escola pública não fazem qualquer menção à lei, construindo a argumentação a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e considerando a hipossuficiência dos estudantes.

A teoria do fato consumado, por sua vez, foi empregada em doze acórdãos, sendo nove deles nos acórdãos em que os desembargadores consideraram que o aluno não fazia jus à reserva da vaga, mas pelo decurso do tempo, a situação já estava consolidada.

Foi possível inferir também, que na maioria dos acórdãos é feita referência à jurisprudência do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas apenas alguns citaram a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a controvérsia.

Iniciando pela apresentação dos argumentos dos acórdãos favoráveis à Administração Pública, os desembargadores defendem que as normas de acesso ao ensino superior pelo sistema de cotas não podem ser interpretadas extensivamente, sob pena de inviabilizar o programa. Também ressaltam a autonomia didático-científica, bem como administrativa e de gestão financeira e patrimonial, conferida pela Constituição Federal no art. 207 às universidades, o que lhes dá direito de regulamentar seu funcionamento e editar as regras de acesso ao ensino superior, nos termos da Lei nº 9.394/1996.

Na apelação cível nº 0019315-28.2010.4.01.4000/PI, o relator desembargador federal Jirair Aram Meguerian ressaltou que o processo de seleção de estudantes pela via do sistema de cotas integra um conjunto de ações afirmativas instrumentalizadas para a promoção da igualdade material e que defender a observância dos critérios seletivos atinentes à política de cotas para o ingresso em instituição de ensino superior é atuar em prol da conservação do programa de políticas afirmativas na área da educação. Além disso, ressaltou que a exigência relacionada à frequência integral e exclusiva em escola pública estabelecida pelas universidades é critério objetivo e proporcional que tem por finalidade evitar que um candidato que cursou poucos meses o ensino fundamental ou médio em escola privada concorra às vagas reservadas aos cotistas, desvirtuando o propósito da norma.

Todavia, como no caso a impetrante havia sido beneficiada com medida liminar que determinou a efetivação de sua matrícula, tendo cursado mais da metade do curso, considerou o relator que a exclusão da aluna dos quadros da universidade seria uma medida desarrazoada e não restabeleceria a isonomia ferida, posto que sua vaga não poderia ser redirecionada a outro aluno que estivesse abrigado pelo sistema das cotas.

Casos semelhantes e com idêntica fundamentação do Tribunal foram identificados nos seguintes acórdãos: AC nº 0008304-36.2009.4.01.4000/PI; AC nº 0000817-49.2008.4.01.4000/PI; e AC nº 0016759-19.2011.4.01.4000/PI.

Na apelação cível nº 0042608-45.2010.4.01.3800/MG, também de relatoria do desembargador federal Jirair Aram Meguerian, foi utilizada fundamentação semelhante aos acórdãos acima citados, com a distinção de que não foi aplicada a teoria do fato consumado porque a aluna havia cursado apenas 25% (vinte e cinco por cento) do curso, mas determinou-se o aproveitamento dos créditos já cursados. Igualmente, decidiu-se nos acórdãos: AC nº 0002447-38.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0005834-95.2010.4.01.4000/PI; AC nº 0005581-10.2010.4.01.4000/PI; e AC nº 0003087-41.2011.4.01.4000/PI.

Na apelação cível nº 0016193-36.2011.4.01.3300/BA, de relatoria do desembargador federal José Amilcar Machado e do Juiz Federal convocado Marcelo Dolzani da Costa, firmou-se o posicionamento da impossibilidade de equiparação entre as escolas privadas filantrópicas, ainda que reconhecidas como de utilidade pública, e as escolas públicas, nos termos da distinção apresentada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Nessa perspectiva, os acórdãos nº 0013525-63.2009.4.01.3300/BA e nº 0012806-81.2009.4.01.3300/BA:

No caso, a discriminação, permitida por lei, entre os alunos egressos de escola pública e particular, justifica-se não só pela questão de hipossuficiência econômico-financeira, mas também pela qualidade do ensino ministrado, visto que, de regra, entende-se que o ensino público é inferior ao privado.

Assim, não podem as escolas filantrópicas, que são enquadradas como entidades privadas de ensino, de acordo com o art. 20, inciso IV, da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) ser equiparadas às escolas públicas, até porque inexistente qualquer disposição normativa nesse sentido.

Na apelação cível nº 0003453-80.2011.4.01.4000/PI, o relator desembargador Carlos Moreira Alves e a Juíza Federal convocada Hind Ghassan Kayath, destacam que fato do aluno ser bolsista em escola filantrópica ou similar, em nada modifica o fato da escola não pertencer à rede de ensino pública, razão pela qual não é possível enquadrar alunos oriundos dessas instituições de ensino nas cotas para alunos de escolas públicas, ferindo as regras do edital. Com idêntica fundamentação, os acórdãos a seguir: AC nº 0002019-56.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0002480.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0002048-09.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0003751-72.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0003127-23.2011.4.01.4000/PI; AC nº 0005615-19.2009.4.01.4000/PI; AC nº 0013563-50.2011.4.01.3803/MG; AC nº 0016507-45.2012.4.01.3300/BA.

Assim consideraram os relatores Carlos Moreira Alves e Hind Ghassan Kayath no acórdão nº 13563-50.2011.4.01.3803/MG:

Por outro lado, o sistema de cotas, sendo nota de exceção às regras gerais do concurso vestibular, é impositivo de uma interpretação estrita, sem possibilidade de interpretação ampliativa de seu conteúdo.

Por isso mesmo, reconhecendo a impetrante que não cursa o ensino médio em instituição da rede pública de ensino, estudando em estabelecimento privado, não atende às exigências do edital, assim às normas do certame, vinculante a todos quantos dele participam, inexistindo direito líquido e certo a ser tutelado na via mandamental. O fato de ser bolsista ou estudante de entidade filantrópica em nada modifica a situação fática porque a unidade escolar cursada não integra a rede pública de ensino e as regras do Edital do certame exigem que o candidato comprove ter cursado os quatro últimos anos do ensino fundamental e esteja cursando o ensino médio em escola pública.

Sobre o critério da hipossuficiência alegado pelos estudantes, o desembargador federal Daniel Paes Ribeiro, em acórdãos nas apelações cíveis nº 0005347-72.2012.4.01.3801/MG e nº 0001310-89.2009.4.01.4000/PI, considerou que não é a hipossuficiência financeira o elemento diferenciador no sistema de cotas, senão a qualidade do ensino ministrado pelas escolas públicas.

Afinal, além das dificuldades estruturais das escolas públicas, os alunos lidam com a ausência de professores qualificados, as greves constantes, entre outros fatores que contribuem para a baixa qualidade do ensino na rede pública e que justificam a discriminação positiva do legislador pátrio. As escolas particulares, em sua maioria, não enfrentam esses obstáculos, incluindo escolas comunitárias e filantrópicas mantidas por entidades privadas sem fins lucrativos. Não se desconsidera a existência de escolas comunitárias e filantrópicas em condições precárias e com os mesmos problemas estruturais das escolas públicas, mas o legislador escolheu como critério objetivo para a cota de acesso ao ensino superior que o aluno tivesse cursado integralmente o ensino médio ou fundamental em escola pública.

Sob uma perspectiva mais social e ampliativa das ações afirmativas, parte da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região defende que o sistema de cotas não pode ser interpretado de modo legalista, sem considerar fatores outros que influenciam para a implementação da política pública que garante o direito fundamental social à educação.

O desembargador Souza Prudente, em posição distinta dos demais desembargadores, considera o sistema de cotas inconstitucional, mas em acórdãos de sua relatoria, decidiu pela concessão da vaga ou matrícula ao aluno com base na hipossuficiência. Aduz o desembargador na apelação cível nº 0001045-87.2009.4.01.4000/PI:

A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de seus alardeados

objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior.

Sob esse prisma, afigura-se manifesta a legitimidade da pretensão mandamental postulada pela impetrante, na espécie em comento.

Com efeito, segundo noticiado nos autos, a recorrida, embora tenha cursado parte do ensino fundamental em instituição particular, assim o fez sem pagar as mensalidades, circunstância essa, contudo, que, longe de afastar, apenas confirma o estado de hipossuficiência da impetrante, caracterizando-se, assim, o preenchimento daquele requisito tido por descumprido pela autoridade impetrada.

A respeito da autonomia universitária, o desembargador Souza Prudente defende que as competências atribuídas expressamente no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional não teve a pretensão de conferir qualquer competência às universidades para legislar sobre políticas sociais de inclusão de qualquer grupo social. Ao contrário, pelas normas infraconstitucionais determinou-se rigor na observância ao princípio do livre acesso e do mérito do candidato. Seguiram a mesma fundamentação os acórdãos: nº 0001593-44.2011.4.01.4000/PI; nº 0006940-29.2009.4.01.4000/PI; e nº 0012524-47.2013.4.01.3803/MG. Neste último acórdão, assim considerou o relator Souza Prudente:

Por fim, há de ver-se que a tutela jurisdicional pretendida nestes autos encontra-se em sintonia com o exercício do direito constitucional à educação (CF, art. 205) e com a expectativa de futuro retorno intelectual em proveito da nação, que há de prevalecer sobre formalismos eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente.

Para o desembargador Néviton Guedes, deve-se considerar que as instituições filantrópicas sem fins lucrativos desempenham atividade educacional equiparada à da escola pública, e sua finalidade precípua é permitir o acesso à educação para as camadas sociais menos favorecidas. Ademais, segundo o desembargador, o fato do aluno cursar algumas séries em escola particular não acarreta mudança significativa em sua formação acadêmica, desde que comprovado que estudou a maior parte da vida escolar em instituição da rede pública de ensino.⁵⁷

Igualmente considerou o desembargador federal Daniel Paes Ribeiro, relator na apelação cível nº 0005903-64.2009.4.01.4000/PI:

No caso, devem ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de garantir a igualdade de acesso ao ensino superior, considerando que não se pode deixar de lado uma vida inteira de estudo, em instituição pública, e negar o direito do aluno ao sistema de cotas, por ter estudado apenas um ano em instituição privada.

⁵⁷ Cf. Apelação cível nº 0020332-02.2010.4.01.4000/PI, decidida em 19/11/2014; apelação cível nº 0003003-62.2013.4.01.3000/AC, decidida em 15/10/2014; e apelação cível nº 0037011-43.2010.4.01.3300/BA, decidida em 10/12/2014.

Nesse sentido os seguintes acórdãos: AC nº 0002816-66.2010.4.01.4000/PI; AC nº 0010826-46.2012.4.01.38011/MG; AC nº 12167-13.2012.4.01.3800/MG; AC nº 0003003-62.2013.4.01.3000/AC; AC nº 0037011-43.2010.4.01.3000/BA; AC nº 0020332-02.2010.4.01.4000/PI; AC nº 0006873-59.2012.4.01.4000/PI; AC nº 0001312-45.2012.4.01.4004/PI; AC nº 0011382-49.2010.4.01.3500/GO; AC nº 0010827-29.2015.4.01.3800/MG; AC nº 3145-46.2012.4.01.3600/MT; AC nº 0055479-41.2013.4.01.3400/DF; AC nº 0004362-14.2009.4.01.3800/MG; AC nº 0002698-58.2012.4.01.3600/MT; e AC nº 0001223-28.2016.4.01.3600/MT.

Quanto à intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, no acórdão nº 0000929-15.2012.4.01.3600/MT, o relator desembargador federal Néviton Guedes, afirma que “o deferimento do pedido não implica intervenção judicial no mérito do ato administrativo, mas sim de controle de sua legitimidade, mediante interpretação razoável ao sistema de cotas em consonância com o princípio do devido processo legal”.

Para aqueles que defendem a reserva da vaga aos alunos que não cursaram integralmente o ensino fundamental ou médio em escolas públicas, seja pela hipossuficiência, seja pela preponderância da vida estudantil em escola pública, o ato administrativo que impede a matrícula no aluno no curso para o qual obteve aprovação pelo sistema das cotas é ilegítimo. Desse modo, ao Judiciário caberia a efetivação da política pública de cotas, por ser razoável a relativização do conceito de escola pública e dos critérios de acesso ao ensino superior que estão dispostos nas leis, a fim de alcançar os objetivos constitucionais de reduzir a desigualdade social e efetivar o direito social à educação, que é dever do Estado em colaboração com a sociedade.

Portanto, percebe-se pelo exame dos acórdãos que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região oscila bastante em relação à aplicação das cotas para alunos oriundos de escolas públicas para acesso ao ensino superior - inclusive um mesmo desembargador adota entendimentos diferentes e não exatamente por ter mudado sua opinião ou razão de peculiaridade do caso, pois retorna a fundamentações anteriores em casos semelhantes, oscilando em suas decisões -, ocasionado insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Ora o Tribunal posiciona-se pela prevalência da autonomia das universidades e pela interpretação restritiva das normas que versam sobre o acesso ao ensino superior pelo sistema de cotas, não obstante aplique a teoria do fato consumado quando há o deferimento de medida liminar em favor do aluno e este já tenha cursado boa parte da grade curricular na instituição de ensino superior. Ora o Tribunal Regional manifesta-se pela razoabilidade da vaga ao estudante por considerar sua hipossuficiência, a finalidade social da instituição filantrópica ou

comunitária, a gratuidade do ensino oferecido e a preponderância da vida estudantil em instituição pública.

Não é possível falar em previsibilidade, pois as decisões dependem mais das pessoas que ocupam os cargos, ou seja, da orientação subjetiva do desembargador, do que de padrões decisórios que orientem a instituição para além das pessoas. A justiça opinativa é pouco transparente e sede às pressões sociais da maioria, o que vai de encontro ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário e ao papel das Cortes que é a uniformização das decisões. Ademais, a estabilidade do Tribunal tende a variar ao longo do tempo, em curto prazo, em virtude das mudanças dos desembargadores, seja pela alteração de Turma ou Seção, ou mesmo pela aposentadoria.

Verificou-se também que a divisão de opiniões no Tribunal gera uma estratégia de fundamentação das decisões baseada na agregação de opiniões individuais, muito mais pela citação de várias ementas de precedentes do que de doutrinadores, uma espécie de argumentação por autoridade. A maioria dos acórdãos é composta textualmente muito mais pela citação direta de ementas de outros acórdãos e decisões monocráticas do próprio Tribunal do que pelos argumentos do desembargador relator, e em alguns casos a situação fática do precedente invocado não se amolda ao caso em análise no acórdão, nem mesmo pela literalidade da ementa.

De acordo com Rodriguez (2015, p.107):

Não há no Brasil um sistema de precedentes organizado. A citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido. Os casos são citados em forma de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença. É muito mais difícil encontrar casos que sirvam de referência para todos os juízes no que diga respeito a um mesmo problema jurídico.

Alguns dos acórdãos analisados citam precedentes como se aquele fosse o posicionamento amplamente majoritário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apenas para ratificar a decisão e demonstrar uma aparência de padrão de racionalidade no Tribunal.

Resta saber, por fim, qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se as instâncias inferiores estão decidindo de acordo com a Corte Superior.

4.7 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento do recurso especial nº 1.132.476/PR, de relatoria do ministro Humberto Martins, ocorrido em 13 de outubro de 2009, tem se posicionado no sentido de que a forma de implementação de ações afirmativas

no seio de universidade faz parte da autonomia específica prevista no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Segundo o ministro Humberto Martins, a autonomia universitária não é uma inovação do constituinte de 1988. Ela foi prevista inicialmente no Decreto nº 8.659, de 05 de abril de 1911, que foi revogado posteriormente. O Decreto nº 19.815, de 11 de abril de 1931 restabeleceu a autonomia universitária, mas a matéria continuava a ser regida por espécie normativa de fácil alteração. Assim, foi a partir da promulgação da Constituição de 1988 que a autonomia universitária adquiriu contornos gerais constitucionais, tendo sido regulamentada pela Lei nº 9.394/1996.

A regulamentação da forma de ingresso nas universidades é feita basicamente pelas regras internas dessas instituições, com base em sua autonomia, o que não significa que as normas constitucionais, legais e os princípios não devam ser observados pela Administração Pública.

No referido acórdão também foi consolidado o entendimento de que a exigência editalícia de que os candidatos a vagas como discentes no regime de cotas tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública é critério objetivo que não comporta exceção, sob pena de inviabilizar o sistema de cotas proposto.

As ações afirmativas, como a política de cotas, são instrumentos para se alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles o de minorar as desigualdades e garantir o bem de todos sem preconceitos de qualquer ordem. Desse modo, a objetividade das normas como decorrência do princípio da segurança jurídica não deixa de ser uma forma de efetivar a discriminação positiva, a fim de que o candidato possa se adequar.

Significa dizer que se as regras editalícias estabelecidas pela instituição, com base em sua autonomia, estiverem baseadas em critérios objetivos razoáveis e proporcionais, não cabe fazer juízos subjetivos que somente criam insegurança jurídica.

Além disso, foi ressaltado que somente em casos extremos a autonomia das universidades poderá ser mitigada pelo Poder Judiciário, por exemplo, quando configurada ilegalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma jurídica é uma prescrição que deve ser observada pelos cidadãos e pelos aplicadores do Direito. Já o sistema dos EUA adota a norma como uma previsão, podendo o aplicador, no caso concreto, afastar a sua aplicação.

De fato, há casos no sistema anglo-saxão cujo afastamento do critério objetivo não fulmina de morte a política pública a ser implementada, mas a inobservância do estabelecido no presente edital tornará a tentativa de implementar o princípio da isonomia através de cotas impossível.

O poder normativo do Poder Judiciário não pode, em regra, afastar a autonomia universitária exercida nos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de se tornar agente normativo positivo e invadir o poder regulamentar de órgãos e entidades do Poder Executivo.

Eis a ementa do referido julgado paradigma:

ADMINISTRATIVO – AÇÕES AFIRMATIVAS – POLÍTICA DE COTAS – AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA – ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART. 207 DA CF/88 – DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO – CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL – DECRETO N. 65.810/69 – PROCESSO SELETIVO DE INGRESSO – FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS – IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS – OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. A oposição de embargos declaratórios deve acolhida quando o pronunciamento judicial padecer de ambiguidade, de obscuridade, de contradição, de omissão ou de erro material, os quais inexistem neste caso. Não há, portanto, violação do art. 535 do CPC.

2. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

3. A Constituição Federal veicula genericamente os contornos jurídicos de diversos institutos e conceitos, deixando, na maioria das vezes, o seu trato específico para as normas infraconstitucionais. O assento constitucional de um instituto ou conceito, sem detalhamentos e desdobramentos, não afasta a competência desta Corte quando a Lei Federal disciplina imperativos específicos.

4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

5. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/88 e nas normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/69.

6. A forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade e, no presente caso, as normas objetivas de acesso às vagas destinadas a tal política pública fazem parte da autonomia específica trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/96, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Portanto, somente em casos extremos a sua autonomia poderá ser mitigada pelo Poder Judiciário, o que não se verifica nos presentes autos.

7. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/88 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual – da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.

8. A expressão "tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil", critério objetivo escolhido pela

UFPR no seu edital de processo seletivo vestibular, não comporta exceção sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto.

Recurso especial provido em parte. (REsp 1132476/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009). (grifos nossos)

Os demais acórdãos fazem menção, ainda que indiretamente, ao acórdão paradigma acima apresentado, e os mais recentes baseiam-se na jurisprudência consolidada da Corte Superior, reproduzindo os mesmos fundamentos trazidos pelo ministro Humberto Martins no recurso especial nº 1.132.476-PR, de 2009.

Alguns dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que aplicaram a tese defendida pelo ministro Humberto Martins também fazem menção expressa ao acórdão paradigma, como a AC nº 0019315-28.2010.4.01.4000/PI e outros acórdãos de relatoria do desembargador federal Jirair Aram Meguerian.

No recurso especial nº 1.254.042/RS, julgado em 16 de outubro de 2012, os ministros da Segunda Turma acompanharam o voto da ministra Eliana Calmon, reformando acórdão do Tribunal de origem (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) que havia concedido vaga em universidade federal para aluna que estudou parte do ensino médio em escola privada com bolsa de estudos integral. Em seu voto, a ministra Eliana Calmon ressaltou a autonomia das universidades para estabelecer o modo de implementação de ações afirmativas para ingresso de estudantes no ensino superior e que o critério de ter cursado integralmente o ensino médio em escola pública é objetivo.

A desembargadora Diva Malerbi, convocada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão no recurso especial nº 1.328.192/RS, de sua relatoria, destacou que desde o julgamento do recurso especial nº 1.132.476/PR a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade, bem como as normas objetivas de acesso às vagas destinadas à política de reparação, fazem parte da autonomia específica prevista no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Além de destacar a autonomia universitária, os ministros afastam a possibilidade de aplicar interpretação extensiva ao conceito de escola pública, inclusive para escolas comunitárias e filantrópicas, que prestam serviços gratuitos e recebem algum tipo de recurso do poder público, bem como para os casos em que o aluno estudou amparado por bolsa de estudos.⁵⁸

⁵⁸ Cf. Agravo regimental no recurso especial nº 1.592.226/PI, Rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/10/2016; e Agravo regimental no recurso especial nº 1.314.005/RS, Rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013.

No mesmo sentido votou o ministro Herman Benjamin em acórdãos de sua relatoria:

Conforme já disposto, verifica-se que a orientação adotada pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, de que as normas que regulam o sistema de reserva de vagas e impõe como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública não podem ser interpretadas extensivamente para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa. (AgRg no Resp 1443440/PB, DJe 20/06/2014)

É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que as normas que regulam o sistema de reserva de vagas e impõem como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública não podem ser interpretadas extensivamente para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa. (AgRg no REsp 1472572/PB, DJe 19/12/2014)

Verifica-se, *in casu*, dissonância do Tribunal de origem com o entendimento desta Corte Superior segundo o qual não é possível interpretação extensiva da norma para admitir a participação de estudante que cursou o ensino médio em instituição privada de ensino no processo seletivo para preenchimento de vagas reservadas a estudantes oriundos de escolas públicas. (REsp 1611470/PI, Dje 06/10/2016)

Quanto à atuação do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que não cabe a ingerência dos juízes para implementar ações afirmativas no âmbito de autonomia específica das universidades.⁵⁹

Portanto, verificou-se que desde 2009, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido sua jurisprudência, no sentido de aplicar interpretação restritiva ao conceito de escola pública, excluindo as escolas confessionais, comunitárias e filantrópicas. Todavia, nos casos em que houve a concessão de liminares aos candidatos, confirmadas nas sentenças e acórdãos do Tribunal Regional Federal, determinando à Administração Pública a reserva da vaga e matrícula do estudante, o Superior Tribunal de Justiça, embora tenha reafirmado sua jurisprudência sobre a matéria de fundo, aplicou a teoria do fato consumado.

Para a Corte Superior, o restabelecimento da estrita legalidade da norma posta pelo edital da seleção acarretaria um prejuízo maior que a manutenção do aluno como cotista, sem a possibilidade de restabelecimento da isonomia ferida anteriormente, pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de se alocar outro candidato na vaga aberta. Além disso, nos acórdãos em que houve a aplicação da teoria do fato consumado, são considerados os custos já expendidos para formação do aluno, tanto pela instituição, quanto pelo estudante.⁶⁰

⁵⁹ Cf. Agravo interno no recurso especial nº 1.588.776/PB, Rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016.

⁶⁰ Cf. Recurso especial nº 1.254.118/RS, Rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 23/09/2011; e Agravo regimental no recurso especial nº 1.498.315/PB, Rel. ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 03/09/2015.

O Superior Tribunal de Justiça, ao contrário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tem posicionamento consolidado sobre a matéria e apresenta uma fundamentação mais legalista e baseada em seus precedentes, até mesmo pela própria característica da espécie recursal que não permite rediscussão de matéria de fato.

Quanto à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eles foram empregados apenas no tocante à aplicação da teoria do fato consumado, e não para a discussão da concepção de escola pública. Os ministros não travaram discussões sobre a hipossuficiência dos alunos ou a finalidade social das instituições comunitárias ou filantrópicas de ensino, bem como quanto à qualidade do ensino nessas instituições.

E não obstante o recurso especial não seja a via recursal própria para a discussão de questões constitucionais, os ministros não deixaram de demonstrar a sintonia de suas decisões com as normas constitucionais relativas ao princípio da igualdade, ao direito fundamental à educação e à autonomia universitária.

Finalmente, restou claro nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a posição pela não intervenção do Poder Judiciário não apenas na atuação da Administração Pública, mas também do Poder Legislativo, pela aplicação nas regras estabelecidas pelo legislador e manutenção dos critérios objetivos criados pelas universidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento do Judiciário tornou-se cada vez mais visível para os agentes políticos e para a população, principalmente em países cuja estrutura institucional e arranjo constitucional constituíram o Judiciário como poder de Estado, a exemplo do Brasil.

A Constituição brasileira de 1988, além de ampliar a gama de direitos individuais e supraindividuais, determinou que nenhuma matéria poderia ser afastada da tutela jurisdicional. Portanto, a ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, ocasionou o direcionamento das demandas da sociedade para o Judiciário, que não só transformou-se em novo interlocutor na arena política, como adotou postura protagonista nas discussões sobre os temas mais relevantes do país.

A judicialização da política foi uma consequência das transformações sociais que ocorreram nas democracias modernas, em virtude da limitação de competências dos detentores de poder pela lei e garantia de novos direitos. Contudo, além do fenômeno da judicialização da política, que se refere às novas demandas levadas à apreciação dos juízes, surgiu o ativismo judicial, ligado às decisões judiciais, especificamente aos critérios que os magistrados têm utilizado para decidir e as implicações no âmbito de atuação típica dos demais poderes.

No Brasil, o ativismo judicial foi impulsionado pela pseudo-omissão dos poderes representativos em garantir a concretização dos direitos fundamentais, omissão esta muitas vezes proposital, pois ao transferir a decisão de temas polêmicos para um poder não submetido ao escrutínio do voto popular, os políticos evitam o julgamento pelo eleitor.

Portanto, o que ocorre no âmbito das instituições representativas brasileiras é a ação explícita de não agir, de não se posicionar e deixar as discussões políticas para o Judiciário, o qual já não faz mais distinção entre o político e o jurídico. Dessa maneira, os assuntos que deveriam ser definidos pelo critério da maioria, representada no Legislativo, passam a ser decididos aleatoriamente, a depender das experiências individuais de cada magistrado, de sua trajetória individual, pois nem sequer os órgãos colegiados conseguem desenvolver uma visão imparcial da instituição.

Mas o principal fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil, sua raiz, é a própria Constituição de 1988. O modelo constitucional intervencionista e prestacional do Estado, o *status* de poder conferido ao Judiciário com a previsão da inafastabilidade da jurisdição, e principalmente, o amplo rol de direitos e garantias individuais e sociais assegurados, além das

demais matérias previstas no texto constitucional que buscam, sem sucesso, regulamentar todos os aspectos da sociedade.

No tocante à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, não há dúvidas de que esse poder assumiu novas responsabilidades no atual modelo constitucional, e conseqüentemente, também tem o dever de concretizar as garantias mínimas previstas na Constituição, desde que dentro de certos limites, a fim de preservar a separação entre os poderes.

É a ultrapassagem dos limites pelo Poder Judiciário que caracteriza o ativismo judicial, ou seja, quando a interferência direciona impositivamente a atuação típica do legislador ou do administrador e substitui o ato administrativo ou legislativo pelo ato judicial, baseada em fundamentação subjetivista, casuística e predominantemente por argumentos morais e políticos do que jurídicos.

Nesse sentido, há limites à atividade jurisdicional sobre os atos administrativos, sejam eles predominantemente vinculados ou discricionários. A discricionariedade significa uma condição de liberdade, condicionada pela lei, à Administração Pública para que ela eleja um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, qual adotará para atingir a finalidade pretendida, com base em critérios de conveniência e oportunidade, o chamado mérito administrativo. Podem os juízes averiguar se o comportamento adotado pelo Executivo estava em consonância ou não com a margem de liberdade permitida pelo comando legal, mas não cabe a ele substituir o ato administrativo por outro que considerou mais adequado, sob pena de invasão à discricionariedade administrativa.

Todo e qualquer ato administrativo é passível de controle pelo Poder Judiciário, mas é necessário conciliar o direito constitucional assegurado pela inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação de poderes. Esses limites podem ser estabelecidos por meio de critérios objetivos ao controle jurisdicional, como a observância às leis, normas constitucionais e princípios da Administração; atendimento aos requisitos formais do ato administrativo e às finalidades esperadas da atuação estatal, nos termos da lei e do direito.

Devem ser afastados modelos de decidibilidade ancorados em subjetivismo, e moralismo que levam ao arbítrio judicial. Posturas invasivas e de falta de deferência do Judiciário para o Executivo não contribuem para o desenvolvimento das instituições e nem para a garantia dos direitos fundamentais.

A atuação do Poder Judiciário frente à discricionariedade administrativa para implementação de políticas públicas, especialmente relativas a direitos fundamentais como

saúde e educação tem demonstrado que os magistrados estão ultrapassando os limites da atividade jurisdicional.

Quanto ao direito à educação, foi possível observar pela análise de decisões dos juízes federais no Maranhão e de acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que versavam sobre a controvérsia do sistema de cotas para alunos oriundos de escolas públicas, que o Poder Judiciário tem ampliado a definição legal de escola pública e flexibilizado os critérios de ingresso no ensino superior para os alunos de instituições comunitárias, filantrópicas e para aqueles que tenham estudado predominantemente em escola pública, quando a lei determina expressamente que o cotista deve comprovar ter cursado integralmente o ensino fundamental ou médio em escola pública, conforme definição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Os juízes federais e desembargadores do Tribunal Regional não levam em conta a autonomia universitária conferida pela Constituição, muito menos a definição legal de escola pública e as novas regras advindas com a Lei de Cotas – Lei nº 12.711/2012. Fundamentam suas decisões com base na razoabilidade e proporcionalidade do que eles compreendem como sendo justo para a ação afirmativa, sem preocupar-se com as implicações práticas para as universidades e institutos federais e para os objetivos traçados tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo no momento de formulação do sistema de cotas que considerou como critério objetivo a delimitação às escolas públicas.

Não obstante existam escolas privadas enquadradas como filantrópicas e comunitárias que se assemelhem às escolas públicas pela baixa qualidade do ensino e problemas estruturais, o Legislativo e o Executivo fizeram uma escolha política de incluir no sistema de cotas apenas as escolas públicas por definição legal. Não compete ao Judiciário substituir a política formulada pelos demais poderes de maneira incidental, buscando fazer justiça (subjetiva) caso a caso, sob pena de inviabilizar a ação afirmativa.

Quanto mais próximos às partes e aos fatos, os juízes tendem a ser mais relativistas. No Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, os ministros são unânimes em considerar impossível a equiparação entre escolas públicas e escolas privadas comunitárias, confessionais e filantrópicas, mesmo quando conveniadas ao poder público. Por não rediscutirem matéria de fato em sede de recurso especial, os magistrados são mais objetivos e restritivos quanto às definições legais, além de uniformizarem o entendimento do Tribunal, garantindo maior segurança jurídica e previsibilidade.

Todavia, os juízes federais e grande parte dos desembargadores do Tribunal Regional Federal desconsideram o posicionamento unânime da Corte Superior, o que traz implicações

para as decisões do Superior Tribunal Justiça, pois em muitos casos os ministros não têm alternativa a não ser aplicar a teoria do fato consumado.

Os critérios objetivos estabelecidos pelas universidades federais e institutos federais em seus editais de seleção de discentes estão sendo substituídos pelos critérios subjetivos dos juízes, que ao conceder liminares indiscriminadamente, criam um sistema de cotas paralelo ao formulado pelos legisladores e pela Administração Pública com base em informações de ordem orçamentária, financeira, entre outros dados que os magistrados não têm acesso, muito menos em ações sumárias como os mandados de segurança.

Portanto, pelo teor das decisões analisadas e com base nos pressupostos teóricos estabelecidos, é possível afirmar que a atuação do Poder Judiciário caracteriza-se como ativismo judicial, porque ultrapassa os limites do controle jurisdicional aos atos administrativos, substituindo a discricionariedade da Administração (e do Legislativo) para implementar a política pública de acesso ao ensino superior pelo sistema de cotas aos alunos oriundos de escolas públicas, ao interpretar extensivamente o conceito de escola pública e relativizar os critérios legais de enquadramento como cotista a alunos de escolas privadas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maurício Oliveira. **O controle judicial de políticas públicas e sua legitimidade democrática**. São Luís: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (Dissertação). Mestrado. 2015.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

AVRITZER, Leonardo. **O problema do abuso de prerrogativas pelo Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em: < <http://www.rbrj.com.br/mais/o-stf-e-ditadura-do-judiciario/>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr./ jun. 2005a. p. 83-103.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Ed. 70, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 18, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%BARROSO.pdf>>.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

BORGES, Alice Gonzalez. O controle jurisdicional da administração pública. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 192, abr./ jun., 1993. p. 49-60.

BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio. In: FELLETT, André Luís Fernandes et. al. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011, p.393-401.

BRASIL. Constituição, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111892.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 out. 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Ministério da Educação. Portaria normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 out. 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em 24 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 860.979/DF**. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel. min. Gilmar Mendes, Brasília, 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo nº 875.333/RS**. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: B de M B representado por C e B B e C de M. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 de abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 545.882/SP**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Baurú. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.132.476/PR**. Recorrente: Universidade Federal do Paraná. Recorrido: Diego Motta Ramos. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 13 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.254.118/RS**. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ana Cláudia de Oliveira. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 16 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.254.042/RS**. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Recorrido: Patrícia Rios Brandi. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, Brasília, 16 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.328.192/RS**. Recorrente: Universidade Federal de Santa Catarina. Recorrido: Sandra Lorena Freitas Alves. Rel. Min. Diva Malerbi. Brasília, 13 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial nº 1.588.776/PB.** Agravante: J A G dos S (menor) representado por Soraia Priscila Guimarães. Agravado: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 17 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.443.440/PB.** Agravante: Rafael Alves Batista. Agravado: Universidade Federal da Paraíba. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 20 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.472.572/PB.** Agravante: Sueli Silva Rodrigues Moraes. Agravado: Universidade Federal da Paraíba. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 04 dez. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.498.315/PB.** Agravante: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, 20 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.611.470/PI.** Recorrente: Fundação Universidade Federal do Piauí. Recorrido: Clarisse Abreu de Sousa. Rel. Min. Herman Benjamin. Herman Benjamin. Brasília, 01 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0013525-63.2009.4.01.3300/BA.** Apelante: Universidade Federal da Bahia. Apelado: Patrícia Carolina Simões Souza. Rel. Juiz Federal Marcelo Dolzani da Costa. Brasília, 25 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0012806-81.2009.4.01.3300/BA.** Apelante: Universidade Federal da Bahia. Apelado: Gilson Andrade Fontes. Rel. Des. Federal José Amilcar Machado. Brasília, 01 abr. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0001310-89.2009.4.01.4000/PI.** Apelante: Fundação Universidade Federal do Piauí. Apelado: Raimundo Nonato dos Santos Oliveira. Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 07 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0001045-87.2009.4.01.4000/PI.** Apelante: Fundação Universidade Federal do Piauí. Apelado: Gardênia de Sousa Ribeiro. Rel. Des. Federal Souza Prudente. Brasília, 26 ago. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0005903-64.2009.4.01.4000/PI.** Apelante: Fundação Universidade Federal do Piauí. Apelado: Samuel de Sousa Aguiar. Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 28 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0019315-28.2010.4.01.4000/PI**. Apelantes: Fundação Universidade Federal do Piauí e Caroline Alves Brandão. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 10 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0042608-45.2010.4.01.3800/MG**. Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais. Apelado: Larissa Heilbuth Cachapuz Drager. Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 14 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0016193-36.2011.4.01.3300/BA**. Apelante: Universidade Federal da Bahia. Apelado: Diogo Oliveira de Almeida. Rel. Juiz Federal Marcelo Dolzani da Costa. Brasília, 17 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0003453-80.2011.4.01.4000/PI**. Apelante: Fundação Universidade Federal do Piauí. Apelado: Allisson Fransuar Pinho Pereira. Relatores: Des. Federal Carlos Moreira Alves e Juíza Federal Hind Ghassan Kayath. Brasília, 18 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0013563-50.2011.4.01.3803/MG**. Apelante: Universidade Federal de Uberlândia. Apelado: Nathalia Araújo Piqui. Relatores: Des. Federal Carlos Moreira Alves e Juíza Federal Hind Ghassan Kayath. Brasília, 02 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0005347-72.2012.4.0.3801/MG**. Apelante: Camila Martins Soares. Apelado: Universidade Federal de Juiz de Fora. Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 16 jun. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0000929-15.2012.4.01.3600/MT**. Apelante: Universidade Federal de Mato Grosso. Apelado: Emanuelle Azevedo do Amaral. Rel. Des. Federal Néviton Guedes. Brasília, 10 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0012524-47.2013.4.01.3803/MG**. Apelante: Valquiria Barros Cavalcanti. Apelado: Universidade Federal de Uberlândia. Rel. Des. Federal Souza Prudente. Brasília, 18 mar. 2015.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CANOTILHO, Gomes J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Andréa Elias da. “Estado de Direito e Ativismo Judicial”. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Maranhão). **Ação de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação dos efeitos da tutela no processo nº 0001745-46.2016.4.1.3700.** Autor: Jocta Barbosa Silva da Mata. Réu: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão. São Luís, 13 jan. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Maranhão). **Contrarrrazões ao recurso inominado no processo nº 0001232-49.2014.4.01.3700 (PAJ/DPU: 2015/012-00179).** Recorrente: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão. Recorrido: Rodolfo Dias Paiva. Defensor Público Jovino Bento Júnior. São Luís, 30 jan. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001a.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001b.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Conceito de mérito no direito administrativo.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/11830/10758>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade:** uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O federalista.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

HIRSCHL, Han. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitucionalismo. Cambridge: Havard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KETCHAM, Ralf. **Escritos antifederalistas** – y debates de la convención constitucional de EE. UU. Barcelona: Hacer Editorial, 1996.

LAGO, Rodrigo. **O distinguishing e a preservação da jurisprudência no julgamento do mensalão.** 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-distinguishing-e-a-preservacao-da-jurisprudencia-no-julgamento-do-mensalao>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

LEVIN, Mark. **Men in black.** Washington: Regnery Publishing, 2006.

LIANG WANG, Daniel Wei; Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV São Paulo**, jul-dez. 2008, p. 539-568 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MARANHÃO. Seção Judiciária do Estado do Maranhão (6ª Vara Federal). **Decisão no processo nº 0001745.2016.4.01.3700**. Autor: Jocta Barbosa Silva da Mata. Réu: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão. Juiz Federal Ivo Anselmo Höhn Junior. São Luís, 20 jan. 2016.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos, nº 58, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MEDAUAR, Ricardo Emílio Ommati. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

MOURA, João Carlos da Cunha. **A era da delegação das responsabilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. ano 51, nº 2014, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

OLIVEIRA, Tassiana Moura de e AZEVÊDO, Ana Paula da Silva. **O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais**: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1976)**. Lisboa: Assembleia da República, 2005. Disponível em: <www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>. Acesso em 29 dez. 2016.

PROCURADORIA FEDERAL NO ESTADO DO MARANHÃO. **Defesa nº PF/MA/PGF/M-116/M990/ABLSR/2016**. Procuradora Federal Ângela Bárbara Lima Saldanha Rêgo. São Luís, 11 mar 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. “Ativismo Judicial e Estado de Direito”. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 268, jan./ abr., 2015. P. 83-116.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da política**: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista da PGE/SP**. São Paulo, p. 61-74, 1988.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito e desenvolvimento:** uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. “Uma Abordagem sobre a Relação entre Estado, Direito e Política”. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Entrevista. In: **Revista da Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo**, n. 26, ano 5, dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed26/pubData/mobile/index.thm#/8/>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (org.) FREIRE, Alexandre (coord.). **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos.** Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas:** direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

TERMO DE COMPROMISSO DE CONDUTA (PAJ 2016/012-00191). Defensoria Pública da União e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão. São Luís, 12 maio 2016.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck. **Juízes e Judiciário: tópicos para uma discussão**. s/a.

_____. BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social** – de sociologia da USP. v. 19, n. 2, nov. 2007. p. 39-85.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made-law**. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZABREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.